



## **OS NOVOS CRITÉRIOS PARA O RECURSO À PMA:**

### **O ALARGAMENTO SUBJETIVO E AS REPERCUSSÕES NO DIREITO A SER MÃE**

Dissertação de Mestrado em Direito  
Na vertente de Ciências Jurídico-Civilísticas  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto  
para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Aluna: Ana Isabel Martins Teixeira  
Orientadora: Professora Doutora Rute Teixeira Pedro

Porto, setembro 2018

## **Agradecimentos e dedicatória**

O melhor agradecimento não está no papel, mas sim no olhar agradecido daquele que se deixou ajudar.

A muitas pessoas dirijo o meu olhar, mas também estas singelas palavras de profundo agradecimento pelo apoio que me prestaram, ao longo deste tempo de estudo intenso e de trabalho moroso, em particular à minha Família, cuja amplitude extravasa os laços de sangue.

Um agradecimento a todos os meus Professores, que me formaram para os mais altos valores do Direito, em especial à minha orientadora, Professora Doutora Rute Teixeira Pedro, pelo seu acompanhamento e pela sua solicitude e simpatia. Bem-haja por tudo.

E, finalmente, o meu olhar agradecido dirige-se para o Alto dos Céus, onde creio que se encontra a minha querida Mãe Isabel, de quem herdei tanta coisa, incluindo não só o belo nome, mas também o sentido e a sede de Justiça.

Querida Mãe, dedico-te este humilde trabalho porque o teu direito a ser mãe resultou sobretudo na expansão das minhas possibilidades de ser filha amada, de ser pessoa inteira, de ser a mulher que sou. Tal foi o teu imperativo interior de fazeres da tua vida um dom à minha existência, que a tua oferta se consumou em breve tempo. Quem dera que este trabalho, de algum modo, te merecesse na tua sábia e humilde forma de ensinar e aprender.

*A minha Mãe, in memoriam*

## Resumo

O nosso trabalho procura analisar as consequências das alterações legislativas operadas, em 2016, na Lei da Procriação Medicamente Assistida, com particular incidência no direito a ser mãe.

O nosso *iter* de estudo partiu da análise estrutural daquilo a que chamamos “direito”, percorrendo os ramos do Direito Constitucional e do Direito Civil. Para tal, socorremo-nos da disciplina base da Teoria Geral do Direito Civil, intercalada com importantes reflexões doutrinárias e contributos jurisprudenciais. Dos diversos acórdãos referenciados, avulta como um elemento interpretativo e disciplinador do regime jurídico deste tema, o Acórdão n.º 225 / 2018 do Tribunal Constitucional, que declarou a inconstitucionalidade de diversas normas da Lei da Procriação Medicamente Assistida constituindo esta, e desde então, uma verdadeira mudança de paradigma, sobretudo através da relevante exposição dogmática que concebe sobre os direitos do filho, nascido de técnicas de PMA.

A pedra de toque do nosso trabalho assenta na tentativa de classificação do *direito a ser mãe*. Se se trata estruturalmente de um direito enquanto direito de personalidade, direito subjetivo ou, contrariamente, se constitui uma refração da personalidade da mulher e do seu direito ao livre desenvolvimento e autodeterminação, cuja tutela é garantida no designado *direito geral de personalidade*.

Tecemos ainda algumas considerações a propósito da natureza do regime de acesso à Procriação Medicamente Assistida. É nosso entendimento que o legislador ordinário pôs termo à subsidiariedade destes métodos, ao aditar o n.º 3 do art.º 4.º e ao modificar o n.º 1 do art.º 6.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, permitindo que todas as mulheres, independentemente de um diagnóstico de infertilidade, da sua orientação sexual e estado civil, possam ser beneficiárias destas técnicas. Tais modificações conduzem-nos a já não podermos apelidar este tipo de procriação como subsidiária, mas sim alternativa, relativamente à procriação natural.

**Palavras-chave:** Procriação Medicamente Assistida – direitos de personalidade – direito geral de personalidade – direitos familiares

## **Abstract**

Our work seeks to analyze the consequences of the legislative amendments made in 2016 in the Medically Assisted Procreation Act with particular stress on the right to be a mother.

Our study's *iter* began with the structural analysis of what we call "right", focusing on the Constitutional and Civil Law branches. To achieve that goal, we used the main subject – General Theory of Civil Law – as guidance interspersing it with important doctrinal reflections and jurisprudential contributions.

Of the various referenced judicial decisions, it is included as an interpretative and disciplining element of the legal framework of this topic Judgement nº 225 / 2018 of the Constitutional Court, which declared unconstitutional the various provisions of the Medically Assisted Procreation Act constituting, ever since, a real change of the paradigm, especially through the relevant dogmatic exposition which designs for the child's rights born out of PMA techniques.

The touchstone of our work consists on the attempt to classify the *right to be a mother*. If it is structurally a right as a personality right, a subjective right or, contrarily, if it constitutes a personality refraction of the mother and her free right to development and auto-determination, whose trusteeship is guaranteed in the designated *general right of personality*.

We also make some considerations apropos the nature of the access regime of Medically Assisted Procreation. It is to our understanding that the Portuguese legislator suppressed the subsidization of these methods by adding to article 4, number 3 and to change article 6, number 1 of the Medically Assisted Procreation Act allowing that all women, despite an infertility diagnosis, of her sexual orientation and marital status could benefit from these techniques. Such changes hamper what could be called this type of procreation as subsidiary, in relation to natural procreation, which we find to be rather an alternative one.

**Keywords:** Medically Assisted Procreation – personality rights – general law of personality – Family rights

## Sumário

Resumo .....	3
Abstract.....	4
Abreviaturas.....	6
Introdução .....	7
<b>Capítulo I – A PMA no ordenamento jurídico português .....</b>	<b>9</b>
Secção I – Enquadramento constitucional.....	9
Secção II – Enquadramento legal .....	16
Subsecção I – A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na sua versão originária.....	16
Subsecção II – A alteração introduzida pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho .....	20
Subsecção III – A alteração introduzida pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto .....	21
<b>Capítulo II – O direito a ser mãe: contributos para um enquadramento dogmático .....</b>	<b>23</b>
Secção I – A autonomia privada no Direito Civil e no Direito da Família .....	23
Secção II – O direito a ser mãe, como direito fundamental e direito de personalidade .....	24
Secção III – A relação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade .....	25
Secção IV – O direito geral de personalidade .....	29
Secção V – O direito ao desenvolvimento da personalidade.....	32
Secção VI – O direito subjetivo e o direito potestativo .....	34
Secção VII – A expectativa jurídica e a faculdade jurídica .....	39
Secção VIII – Os direitos familiares pessoais .....	40
<b>Capítulo III – Reflexões ético-jurídicas sobre a LPMA .....</b>	<b>42</b>
Secção I – O alargamento subjetivo na LPMA: o esboço de um direito potestativo .....	42
Secção II – A Procriação Medicamente Assistida e a Adoção .....	46
Secção III – Os direitos da criança e alguns contributos jurisprudenciais, em especial o Ac. TC n.º 225/2018.....	47
Subsecção I – O direito a ter pai .....	47
Subsecção II – O direito à identidade pessoal e o anonimato do dador .....	49
Secção IV – A PMA como um método subsidiário ou alternativo de procriação .....	51
Conclusão .....	54
Bibliografia.....	56

## **Abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Ac. TC n.º 225/2018 – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril

al. – alínea

art./arts. – artigo / artigos

BE – Bloco de Esquerda

CC – Código Civil

CNECV – Conselho Nacional para a Ética e Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

D.L. – Decreto-lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

FIV – Fertilização *In Vitro*

LPMA – Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho de 2006)

n.º / n.ºs – número / números

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

p./pp. – página / páginas

PAN – Partido Animais e Natureza

PMA – Procriação Medicamente Assistida

Proc./proc. – Processo

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

RC – Revisão Constitucional

RJPA – Regime Jurídico do Processo de Adoção

RMA – Reprodução Medicamente Assistida

SNS – Serviço Nacional de Saúde

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ss. – seguintes

TC – Tribunal Constitucional

## Introdução

Esta dissertação é apresentada no âmbito do curso de Mestrado em Direito, na vertente de ciências jurídico-civilísticas, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

A escolha do objeto deste trabalho, que versa sobre uma *vaexata quaestio*, na sua multidimensionalidade, foi influenciada pela atualidade do tema que constitui um dos campos de estudo mais aliantes perante o qual todos nos sentimos tocados e chamados à colação como intervenientes já que na radicalidade da discussão, falar de Procriação Medicamente Assistida é falar do mistério da Vida.

O objeto deste trabalho insere-se no âmbito do ramo do Direito da Família, no campo mais específico do estabelecimento da filiação. Na esteira das recentes modificações que se têm verificado nesta matéria, o princípio do biologismo já não se afirma como o princípio ordenador. Se tal afirmação era corroborada, desde logo, com a admissibilidade do instituto da adoção, também a possibilidade de se procriar com o recurso a gâmetas de um terceiro – procriação heteróloga – sem que haja qualquer estabelecimento de vínculo jurídico de parentalidade em relação ao dador, veio reforçar esta realidade. Novos princípios e novos valores se elevaram e que, em abono dos direitos de constituir família, do livre desenvolvimento da personalidade e, *maxime*, da autonomia privada de cada um, permitiram uma profunda modificação, ou quiçá, rutura, com os paradigmas familiares até agora vigentes. Na verdade, este é um campo que tem sofrido históricas modificações e que colocam diversos desafios ao jurista e à ordem jurídica. O Direito da Família está vivo; tem dinâmica e é “campo fértil para paixões e para a descoberta de conceções existenciais do próprio e do outro.”<sup>1</sup>

Para confirmar a atualidade do tema, muito contribui o recente Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225 / 2018. Como se verá ao longo do trabalho, se, *per se*, a LPMA já interpelava o jurista com questões de extrema complexidade, na medida em que contendem com a ideia de Pessoa, de Direito e de direitos, a publicação deste acórdão veio, por um lado, agudizar mais ainda as diversas posições patentes na doutrina e na jurisprudência, mas, permitiu também, no nosso entendimento, *descomprimir* a tensão que se fazia sentir no exercício de alguns direitos, nomeadamente, dos direitos da parte mais frágil: o filho oriundo de técnicas de PMA.

Tal como o ano de 2006 foi um ano histórico para o Direito, para a Medicina e tantas outras áreas do *master* científico, com a aprovação da primeira LPMA, também o ano de 2016 ficou inscrito nos livros da história.

---

<sup>1</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, “Perspetivas de evolução do Direito da Família em Portugal”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.349.

Em pleno verão de 2016, a Assembleia da República aprovou duas leis, a saber a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho e a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, cuja esfera de influência foi, de tal modo, abrangente, que podemos até falar em revolução procriativa.

A primeira modificação, operada pela Lei n.º 17/2016, de 20 junho alargou o *âmbito subjetivo* de acesso a estas técnicas, abrindo a possibilidade a casais homossexuais femininos e a *todas as mulheres*, independentemente da sua orientação sexual e do seu estado civil. Aboliu também a exigência para o acesso à PMA de um diagnóstico médico (seja ele de infertilidade, de doença grave ou o a possibilidade de transmissão de doença genética ou infecciosa para o feto). Desferiu mais um golpe ao projeto conjugal, permitindo que uma mulher casada possa recorrer a estas técnicas, mesmo que o seu cônjuge a isso se oponha. Por seu turno, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto introduziu a maternidade no mundo dos contratos ao consagrar a “gestação de substituição e ao discriminar os correlativos direitos e obrigações das partes contratantes.”<sup>2</sup>

É ainda pertinente, fazer uma brevíssima referência ao conceito de PMA e à sua evolução histórica. Na génese da utilização destas técnicas surge a patologia da infertilidade entendida pela OMS como “doença do sistema reprodutivo definida pela falha de se obter gravidez clínica após doze meses ou mais de coito regular desprotegido.”<sup>3</sup> No século XVIII, foram reportados os primeiros casos de gravidez, em animais, através da inseminação artificial. Só no século XX, mais propriamente em 1978, ocorreu o primeiro nascimento humano, fruto da PMA, mais propriamente da técnica de *FIV* – o chamado bebé proveta: Louise Brown, em Inglaterra.

A PMA apresentava, então, uma vocação terapêutica e não alternativa. Assim, na sua génese, facilmente se revelava qual o espírito destas técnicas e qual o sentido que a hermenêutica jurídica deveria tomar: *a subsidiariedade destes métodos procriativos*, relativamente à procriação natural.

---

<sup>2</sup> De facto, o nosso tema gira em torno do direito a ser mãe. Contudo, a gestação de substituição não é aqui desenvolvidamente tratada, tendo em conta todos os problemas jurídicos específicos que coloca. Na verdade, a maternidade de substituição não é uma verdadeira técnica de PMA; diferentemente, ela pressupõe uma técnica para que a gravidez ocorra. Atente-se à inserção sistemática da maternidade de substituição no art.º 2.º da LPMA: é feita apenas no n.º 2, num estilo de aplicação extensiva da LPMA. As técnicas de PMA estão elencadas no n.º 1.

A grande diferença é que na maternidade de substituição, a gravidez vai ocorrer não no corpo da “beneficiária”, *ie*, daquela mulher que vai ser considerada mãe pelo Direito, mas sim no corpo de outra mulher que vai suportar a gravidez. Por economia de trabalho, não desenvolveremos a reflexão sobre a gestação de substituição, fazendo apenas as observações que sejam necessárias ao tratamento da problemática em análise.

<sup>3</sup> Disponível in [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_por.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_por.pdf) (consultado a 28/08/2018).



## Capítulo I – A PMA no ordenamento jurídico português

### Secção I – Enquadramento constitucional

Num Estado de Direito Democrático, a Constituição é a base de todo o ordenamento jurídico e é ela que “contém, na verdade, uma «força geradora» de direito privado.”<sup>4</sup> É a partir dela que todo o corpo normativo se edifica.<sup>5</sup> Deste modo, o estudo das matérias de direito privado, onde se inclui o direito civil, tem de percorrer um *iter* natural com início nas normas e princípios fundantes do direito constitucional.

No que à PMA diz respeito, importa destacar, de entre todas as revisões que a Lei Fundamental já foi alvo, a revisão constitucional de 1997. Esta revisão foi, em primeiro lugar importante por ter introduzido a al. e) no n.º 2 do art. 67.º, prevendo como incumbência do Estado, para proteção da Família, a regulamentação da procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.<sup>6</sup> Por outro lado, foi esta revisão que “constitucionalizou” formalmente o direito ao desenvolvimento da personalidade. Pensamos, aliás, que estas duas alterações introduzidas no texto constitucional participam de um mesmo pendor.<sup>7</sup> Entendemos também e, desde já o adiantamos, que o direito a ser mãe deve ser entendido como uma projeção da personalidade da pessoa humana.<sup>8</sup> Na reflexão que vamos levar a cabo, o maior desafio com que nos deparámos situou-se ao nível da interpretação desta posituação na Constituição e, do mesmo modo, saber qual a amplitude deste direito visto que o direito civil, para além da proteção global que se extrai do disposto no art. 70.º do CC, tutela autonomamente projeções da personalidade do indivíduo, como, exemplificativamente, os casos do direito ao nome (art.º 72.º do CC) e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (art.º 80.º do CC). Terá o direito a ser mãe uma autonomia própria, em virtude da sua especialíssima natureza de gerar uma pessoa? A

---

<sup>4</sup> Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, maio 2005, p. 73.

<sup>5</sup> Até aos dias de hoje, o texto original foi alvo de sete revisões constitucionais nos anos de 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005.

<sup>6</sup> Deve-se assinalar que o próprio direito civil foi alvo de um processo de constitucionalização. Assim: J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.349.

<sup>7</sup> “Já se deixa ver, pois, que o reconhecimento do artigo 26.º da Constituição, a partir da revisão constitucional de 1997, de um direito ao desenvolvimento da personalidade não foi totalmente inovador. Na verdade, não pode dizer-se que tenha sido apenas com a última revisão constitucional que a Constituição passou a tutelar o desenvolvimento da personalidade, tratando-se nessa tutela, como se trata, de uma decorrência do próprio valor da dignidade da pessoa humana, inscrito logo no artigo 1.º da Constituição.” Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, abril 2018, pp.7 – 122.

<sup>8</sup> Esta problemática será tratada no capítulo II.

reconhecer-se a sua autonomia, quais os limites de um tal direito? Deverão mobilizar-se as técnicas inovadoras que a ciência oferece para garantir que qualquer mulher, em qualquer circunstância, possa ser mãe?

Não terá sido de forma leve que, ao comentar esta revisão constitucional, Marcelo Rebelo de SOUSA expôs na obra *Constituição da República Portuguesa Comentada*, que esta revisão tentou converter a intervenção do Estado numa proteção mais garantística e menos promocional. “Em geral, podemos dizer que se traduziu numa discreta, mas profunda evolução cultural no caminho da visão personalista e não estatizante da família e do seu papel social.”<sup>9</sup> Tal comentário vem na esteira das alterações introduzidas e já referidas. Os *direitos pessoais* foram densificados. Como exemplo ilustrativo, considere-se o n.º 1 do art.º 26.º da CRP, em que, entre outras previsões normativas, o legislador deu “guarida ao *direito ao desenvolvimento da personalidade*, ao direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (...).”<sup>10</sup> (itálico nosso).

Assim, é na Constituição que se encontram disposições vitais e ordenadoras para o estudo da PMA, pois contendem não apenas com a atividade do Estado, enquanto legislador, mas sobretudo, com os direitos dos cidadãos e com a respetiva dialética e articulação.

É também na Lei Fundamental que se encontra uma das diretrizes mais fortes (senão mesmo, a mais forte) no âmbito da PMA em particular e, na temática do início da vida, em geral: o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio é o primeiro e basilar princípio como se pode extrair do art. 1.º da CRP. Constitui a base de todo o ordenamento jurídico nacional. É a partir dele que a Constituição se edifica afirmando que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)”. É, por conseguinte, “o princípio supremo da ordem jurídica”, como refere Jorge Reis NOVAIS.<sup>11</sup>

Sobre este princípio, o Tribunal Constitucional já teve ocasião de se pronunciar, por diversas vezes. Recentemente, o Tribunal Constitucional, no Ac. TC n.º 225/2018, de 24 de abril, teceu importantes considerações sobre a dignidade da pessoa humana articulando-a com o tema da PMA.<sup>12</sup> Numa senda da recusa em identificar a dignidade humana com um fechado e rígido “sistema de valores, éticos, morais ou religiosos, ou uma certa tradição filosófico-cultural ou

---

<sup>9</sup> Marcelo Rebelo de SOUSA e José de Melo ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lisboa, LEX, 2000, pp. 178 – 179.

<sup>10</sup> J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., ..., p.301.

<sup>11</sup> Jorge Reis NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: volume II dignidade e inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2016, p.17.

<sup>12</sup> Disponível no sítio eletrónico do Tribunal Constitucional, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> (consultado a 10/06/2018).

ainda de remeter a dignidade a uma “norma de receção” de concepções filosóficas predominantes na sociedade”,<sup>13</sup> o Tribunal Constitucional toma em consideração a denominada “Fórmula do objeto”, de Günter DÜRING que tem sido, frequentemente, a base de sustentação e de interpretação deste princípio, por este tribunal.<sup>14</sup> “Deste princípio decorre que a pessoa deve ser tratada *como pessoa*, como um fim em si mesmo; que à pessoa deve ser reconhecida autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.”<sup>15</sup> Para DÜRING, é a filosofia moral de Immanuel KANT que dá o mote para ideia de dignidade e que perspetiva a pessoa humana enquanto um fim em si mesma, pelo que rejeita qualquer tipo de instrumentalização da sua vida. Para tal, DÜRING parte das situações violadoras da dignidade da pessoa humana para, *a contrario*, definir e elucidar em que consiste a dignidade.<sup>16</sup> Ainda assim, esta visível largueza definitiva de dignidade pode provocar o efeito contrário, *ie*, o de fundamentar restrições à liberdade em vez de a consolidar e fazer prevalecer. Por esse motivo, encontramos entre nós autores como Jorge Reis NOVAIS que defendem uma aplicação “reservada, excepcional e contida” do princípio para que este possa fazer “jus ao lugar de princípio supremo que a Constituição”<sup>17</sup> lhe atribui, de modo a evitar uma utilização imprópria do mesmo.

Assim, facilmente se constata que a densificação da dignidade da pessoa humana não se afigura, de todo, linear nem consensual. Muito facilmente, a invocação deste princípio conduz-nos a uma rampa escorregadia, sendo que em vez de aprofundar ou solucionar certo conflito de direitos – como é o caso entre o direito da mulher a ser mãe e a constituir família em contraponto com os direitos do filho, nomeadamente à sua identidade pessoal e a ver a sua filiação paterna estabelecida – pode tornar-se um argumento inoperante, em termos práticos. Nesse sentido, a densificação substantiva deste princípio deve ser feita com bastante parcimónia e prudência, sem descurar, contudo, que “O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever

---

<sup>13</sup> Do Acórdão TC n.º 225/2018.

<sup>14</sup> A título exemplificativo, os acórdãos do TC n.º 426/91 e n.º 144/04, disponíveis respetivamente, in [http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html#\\_edn1](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910426.html#_edn1) (consultado a 11/08/2018) e <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040144.html> (consultado a 11/08/2018) .

<sup>15</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, “Mãe portadora - a problemática da maternidade de substituição”, In *Estudos de Direito da Bioética*, volume II, Almedina, janeiro 2008, pp.323 a 344.

<sup>16</sup> Benedita MacCRORIE, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida: Comentário ao Acórdão n.º 101/2009 do Tribunal Constitucional”, in *A dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*, organizadores Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas, Almedina, abril 2018, p. 242 - 258.

<sup>17</sup> Jorge Reis NOVAIS, ob. cit..., p.65.

de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio (...)”.<sup>18</sup>

Ainda a propósito da dignidade, com particular incidência sobre a eventual diminuição da quebra de dignidade da criança nascida como fruto destas técnicas, o recente acórdão do Tribunal Constitucional (Ac. n.º 225/2018) tenta descortinar a incumbência que o legislador constituinte impôs ao legislador ordinário, em especial, quanto ao modo em que a PMA terá de ser regulada. Nesse sentido, lê-se no citado acórdão: “Pode mesmo dizer-se – numa formulação próxima da utilizada no Acórdão n.º 101/2009 – que o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, ao admitir a PMA e impor a sua regulação em termos que «salvaguardem a dignidade da pessoa humana», tem implícita a ideia de que o recurso a técnicas de PMA para concretizar um projeto parental, só por si, não viola a dignidade da criança nascida na sequência de tal forma de reprodução. Aliás, não fora a mesma técnica, e tal criança nem sequer existiria.”<sup>19</sup>

Contudo, há ainda que tomar em conta o art.º 16.º n.º 2 da CRP que prescreve um princípio de interpretação dos direitos fundamentais conforme a DUDH. Destarte, a densificação dos conceitos e direitos não se torna unívoca nem aprisionada a visões redutoras, ou porventura, tradicionais. Não se deve também olvidar o papel que outros instrumentos de direito internacional poderão ter, nesta matéria, em virtude das cláusulas de receção automática e condicionada (art.º 8.º n.ºs. 1 e 2 CRP, respetivamente) e a cláusula aberta ou de não tipicidade (art.º 16.º n.º 1 da CRP) que permite uma interpretação dos direitos consagrados na Constituição conforme os direitos consagrados nesses instrumentos internacionais, como seja a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (abreviadamente conhecida como a Convenção de Oviedo)<sup>20</sup> e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.<sup>21</sup> Este princípio toma a dianteira em todo o ordenamento jurídico, enquanto ponto de partida, mas especialmente enquanto ponto de chegada. Se o direito civil é o *direito da pessoa* torna-se incontornável fazer um estudo sério destas matérias com uma simples remissão para este

---

<sup>18</sup> Ac. TC n.º 101/2009, Proc. N.º 953/06, disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>, consultado em 14/02/2018.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, aponta o Parecer n.º 63/CNECV/2012. Disponível no sítio eletrónico do CNECV, in <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf> - consultado a 05/07/2018.

<sup>20</sup> Aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de abril de 1999, aprovada, para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 19 de outubro de 2000 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro.

<sup>21</sup> Adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) na sua 29.ª sessão, a 11 de novembro de 1997. Endossada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 53/152, de 9 de dezembro de 1998.

princípio.<sup>22</sup> Tutela-se, pois, a dignidade, integridade e pessoalidade intrínsecas de cada pessoa e assim se justifica a defesa da vida e, conseqüentemente, a proibição de práticas eugénicas, de clonagem e de outros fenómenos tecnicamente possíveis, mas humanamente indesejáveis.

A Dignidade, enquanto princípio jurídico e axiológico, está dotada de uma força vinculativa absoluta. Força essa que, por um lado, implica que a dignidade nunca ceda perante qualquer outro bem jurídico; a Dignidade é critério de ponderação, mas ela própria não é objeto de ponderação. A dignidade é base, mas também é limite. Parece-nos ter sido, portanto, este o tom que o legislador quis dar a este princípio que se dilui ao longo da LPMA.

De grande importância também se apresentam os princípios da universalidade (art.º 12.º da CRP) e da igualdade (art.º 13.º da CRP). Não é nosso propósito fazer uma exposição e análise destes princípios, de forma exaustiva; contudo, não é possível fazer um estudo sério sem que saibamos com que linhas mestras (necessariamente constitucionais) temos com que tecer a nossa reflexão. Assim, estes princípios, estruturantes para o Estado de Direito Democrático, demandam uma aplicação igual dos direitos, *ie*, sem distinções injustificadas nem permitidas pela Constituição, tal como se depreende do art.º 13.º n.º 2 da CRP.

É neste ponto que entendemos que há algumas questões a estudar prudentemente, visto que um dos fundamentos para a alteração do âmbito subjetivo de aplicação da LPMA a todas as mulheres foi, precisamente, o da (des)igualdade. Este argumento tem na sua base a ideia de que se é a mulher que vai ser a interveniente principal pois é ela que, no seu corpo, vai sofrer todos os efeitos da gravidez, então não se deve limitar o acesso destas a estas técnicas. Apenas a sua vontade (de querer ou não querer ser mãe) é que será o critério de decisão. É o próprio preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro que afirma que “a alteração introduzida [pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho] visa eliminar a restrição até agora vigente, segundo a qual o acesso às técnicas de PMA estava reservado aos casados ou às pessoas de sexo diferente que vivem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos, *assegurando-se, deste modo, o respeito pelo princípio da igualdade no acesso às técnicas de PMA e rejeitando -se a exclusão de qualquer mulher no acesso às mesmas.*”(itálico nosso). Contudo, como bem ressaltam Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, “A proibição de discriminações (n.º 2) não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações

---

<sup>22</sup> É também o princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta a proibição todas as atitudes discriminatórias com base no património genético e no facto de ser ter nascido como resultado da aplicação destas técnicas (art.º 3.º).

de tratamento.”<sup>23</sup> O que se exige é uma igualdade material. Nisto reside a verdadeira igualdade: *Aequitas in paribus causis, paria jura desiderat*.<sup>24</sup>

Não é óbvio nem sequer simples analisar e concluir *quando, como e quem* está em circunstâncias que exijam a mesma solução ou os mesmos meios para efetivar o mesmo direito – talvez esta problemática seja a pedra de toque nesta questão do alargamento subjetivo relativamente ao acesso às técnicas de PMA. Exemplifiquemos: todas as mulheres têm o direito a ser mãe. Mas atendendo à subsidiariedade dos métodos terapêuticos da PMA, (ainda formalmente positivada no texto da LPMA, em termos que iremos referir) é aceitável que uma mulher, sem qualquer tipo de patologia física que a impeça de conceber naturalmente, tenha direito a recorrer a estas técnicas? O direito é o mesmo: ser mãe. Mas será aceitável esta solução legal? Qual é o alcance deste direito? Este direito contende com outros direitos, nomeadamente os do nascituro? Parece-nos que uma mulher saudável não está nas mesmas condições materiais para efetivar o seu direito a ser mãe do que uma mulher infértil ou com uma outra patologia médica que a impeça de conceber.<sup>25</sup>

Decididamente, que esta questão se correlaciona intimamente com a instituição “Família”, que adquire, no nosso objeto de estudo, um papel importante para a compreensão das alterações legislativas de 2016. No art.º 67.º da CRP, a Família encontra a sua consagração como célula base da sociedade e, como tal, a tutela que o Direito reconhecidamente lhe concede, pois como bem afirmou Diogo Leite de CAMPOS: “A família não é uma criação da sociedade e muito menos do direito, mas é ela que segrega, no seu campo específico, um certo tipo de sociedade e um certo tipo de direito.”<sup>26</sup>

Nesta sede importa referir qual a conceção jurídica de Família que, em primeiro lugar, parece estar consagrada na Constituição e na lei ordinária e, em segundo lugar, a conceção social e real existente na comunidade.<sup>27</sup> A Família, enquanto conceito jurídico, não está constitucionalmente definido, “sendo ele, por isso, um conceito relativamente aberto, cuja «densificação» normativo-constitucional comporta alguma elasticidade (...)”.<sup>28</sup> Contudo, mesmo não fornecendo uma

---

<sup>23</sup> J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, ob. cit..., p. 340.

<sup>24</sup> Em causas iguais, a equidade deseja direitos iguais.

<sup>25</sup> Sobre este ponto, desenvolveremos no capítulo III.

<sup>26</sup> Diogo Leite de CAMPOS e Mónica Martínez de CAMPOS, “A comunidade familiar”, i n *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 9 – 29.

<sup>27</sup> Neste capítulo, é feita uma breve abordagem, já que será no capítulo III que abordaremos, mais profundamente, esta questão.

<sup>28</sup> J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, ob.cit..., p. 856.

definição de Família, o que poderá indiciar a “dificuldade do recorte da própria instituição familiar”<sup>29</sup>, o art.º 1576.º do CC elenca, ainda que “sem grande rigor”<sup>30</sup>, como fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA avançam com uma noção jurídica de Família que se resume, em traços gerais, a um grupo de pessoas ligadas entre si pelas relações já referidas. Contudo, não se esgota nesse perímetro: “À família de uma pessoa pertencem, pois *não só o seu cônjuge como ainda os seus parentes, afins, adoptantes e adoptados*: este conceito assim tão lato é que corresponde à noção *jurídica* de família.”<sup>31</sup> Não obstante, estes autores não olvidaram que esta noção jurídica de Família, “proposta” pela lei civil, não encontra na realidade social total correspondência. Na verdade, como bem mencionam, é a “pequena família” que vai predominando e com particular incidência a família monoparental.<sup>32</sup> É, portanto, neste ponto, que nos cabe fazer a conexão com o objeto do nosso estudo. Sabendo que o acesso às técnicas de PMA foi alargado permitindo que todas as mulheres possam iniciar um projeto parental, que consequências poderemos retirar do facto de que a grande parte das mulheres terá de recorrer à inseminação heteróloga e, desse modo, originar, *ab initio*, uma família monoparental? O Ac. n.º 225/2018 declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1 e do n.º 4 do art.14.º da LPMA na parte em que impõem uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões (al. e) da decisão do acórdão). Tal decisão conduz ao fim do anonimato dos dadores permitindo assim que a pessoa nascida como fruto destas técnicas possa identificar o seu progenitor. Ainda assim, a paternidade jurídica não será estabelecida em relação ao dador. O mesmo acórdão refere que “a possibilidade de constituição de famílias monoparentais com recurso a técnicas de PMA *resulta exclusivamente do artigo 6.º, n.º 1, da LPMA.*” (itálico nosso). Sucede, porém, que o Tribunal Constitucional não pôde pronunciar-se sobre a constitucionalidade desta norma, (em obediência ao princípio do pedido, visto que não foi alvo

---

<sup>29</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª edição (reimpressão), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p.33.

<sup>30</sup> Deste modo, Francisco Pereira COELHO e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, abril 2016, disponível in [http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook - Curso de Direito.pdf](http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf) (consultado a 12/01/2018), p.31.

<sup>31</sup> Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, ob.cit., p.33.

<sup>32</sup> De acordo com os dados da PORDATA, o total de famílias monoparentais (masculinas e femininas), em 2010 perfaziam 270 588 mil e 588 famílias. Por seu turno, no ano de 2017 o número aumentou para 439 mil e 787 famílias. Dados disponíveis in <https://www.pordata.pt/Portugal/Agregados+dom%C3%A9sticos+privados+monoparentais+total+e+por+sexo+-20>, consultado a 07/08/2018.

de questionamento pelos requerentes) que é a única norma que sustenta a constituição de famílias monoparentais com recurso à PMA. Entendemos que é uma problemática merecedora de fiscalização futura, por parte do Tribunal Constitucional.

Partindo ainda da al. e) do n.º 2 do art.º 67.º da CRP, podemos extrair a liberdade de procriar, sem qualquer tipo de ingerência do Estado. É questão já debatida e pacificada na doutrina.<sup>33</sup> Vera Lúcia RAPOSO, a este propósito questiona: “Partindo do pressuposto de que a procriação é um direito, resta saber de que natureza. Será um direito fundamental, com todas as implicações jurídicas que esta classificação implica?”.<sup>34</sup> Mais dúvidas emergem quando se deixa o plano abstrato e teórico do direito e se calcorreiam os trilhos onde o direito se deve aplicar, *in casu*. Concretizo: até que ponto se deve equacionar/permitir a utilização destas técnicas terapêuticas? Qual o limite? Ou melhor, há limite? É condição bastante ser titular de direitos reprodutivos para se poder recorrer à procriação artificial? Todo este novelo de questões cresceu, segundo o nosso entendimento, a partir do momento em que a subsidiariedade abandonou, em termos materiais, os critérios de acesso à PMA (já que formalmente continua positivada no art.º 4.º n.º 1 da LPMA).

## **Secção II – Enquadramento legal**

No plano infra-constitucional, somente no ano de 2006 foi aprovada a primeira lei sobre a PMA: a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.<sup>35</sup> É sobre a LPMA, desde a sua versão original até às mais recentes alterações, com particular incidência na subsidiariedade da PMA que teceremos breves considerações, atendendo o fim deste trabalho: as repercussões das alterações legislativas no direito a ser mãe.

### **Subsecção I – A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na sua versão originária**

O art.º 1.º da LPMA diz que “regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida”, ou seja, disciplina juridicamente o *modus faciendi* ou o *modus procedendi* das técnicas

---

<sup>33</sup> Neste sentido, J.J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, ob.cit..., p. 859.

<sup>34</sup> Vera Lúcia RAPOSO, “Direitos reprodutivos”, in *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2 – n.º 3 – 2005, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 111 – 131.

<sup>35</sup> Este diploma teve origem nos projetos de lei n.º 141/X, do Bloco de Esquerda (BE), n.º 151/X, do Partido Socialista (PS), n.º 172/X, do Partido Comunista Português (PCP) e n.º 176/X, do Partido Social Democrata (PSD). O decreto da Assembleia da República n.º 64/X foi objeto de votação final global no dia 25 maio de 2006, cerca das 18 horas. Nesse mesmo dia, pelas 9h30, deu entrada no parlamento uma petição de referendo de iniciativa popular, subscrita por mais de setenta e nove mil cidadãos. Solicitava a realização de um referendo sobre a matéria da LPMA. Antes desta lei inovadora, o ordenamento jurídico português continha alguma legislação avulsa onde já se denotava a preocupação do legislador com os avanços científico-tecnológicos ao nível das ciências biomédicas e a inerente necessidade de acompanhar, juridicamente, estes fenómenos. A título exemplificativo: a Lei n.º 3/84, de 24 de março (Educação sexual e planeamento sexual) e o D.L. n.º 319/86, de 25 de setembro (Normas relativas à disciplina e atividade dos bancos de esperma).



que, por seu turno, estão elencadas no art.º 2.º da mesma lei. Não obstante a lei não avançar com uma definição de PMA pressupõe que as ditas técnicas se consubstanciam em atos médicos (cf. art.º 11.º da LPMA). A OMS, consciente dos múltiplos contextos nacionais em que as técnicas de PMA podem ser utilizadas, levou a cabo, em parceria com o *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART), em 2010, a elaboração de um glossário internacional com as terminologias usadas neste campo, com o intuito de harmonizar as diferentes nomenclaturas usadas em todo o mundo e assim permitir uma melhor comparação entre procedimentos e realização de estudos. Deste modo, o glossário define a PMA como “*reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.*”<sup>36</sup>

A este propósito, e comentando a LPMA na sua primeira versão, alertava José de Oliveira ASCENSÃO para a necessidade de se clarificar o que se deve entender por técnicas de PMA. Para tal, apoiava-se no art.º 4.º n.º 2 da LPMA no qual se limitava, até às recentes alterações legislativas de 2016, o acesso a técnicas de PMA aos casos de infertilidade ou quando o recurso a estas técnicas seja a única possibilidade para o tratamento de doença grave ou para evitar o risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou de outro tipo. Assim, afirmava o autor: “Descodificando, temos que a PMA não é apenas técnica de superação de infertilidade; pode ainda justificar-se para “tratamento”. Mas como, tratamento? A lei assenta numa larga admissão da procriação heteróloga. A procriação heteróloga é tratamento? Aí não se supera uma situação de doença dum potencial genitor, substitui-se.”<sup>37</sup> Ora, para Oliveira ASCENSÃO é inerente à própria definição de PMA a coexistência de duas condições imprescindíveis: por um lado, uma situação clínica de infertilidade, entendida como doença do sistema reprodutor e, por outro lado, a consideração das técnicas como verdadeiros tratamentos, na aceção de “cura” dessa mesma infertilidade. Analisando ainda o art.º 4.º da LPMA, constata-se com bastante clareza, a natureza deste modo de reprodução: uma natureza subsidiária e nunca alternativa, relativamente à procriação natural. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da subsidiariedade eram, por isso, a base de sustentação de todo o regime jurídico da PMA.<sup>38</sup> Na verdade, este princípio

---

<sup>36</sup> In [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) - consultado a 28/08/2018.

<sup>37</sup> José de Oliveira ASCENSÃO, “A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, volume III, 2009, Almedina, pp. 25 – 50.

<sup>38</sup> A propósito do princípio da subsidiariedade, Salvador Massano Cardoso, em 2011, à data na qualidade de Vice-Presidente do CNPMA defendia que “A procriação medicamente assistida deverá respeitar o princípio da

está intimamente correlacionado com a problemática das condições de admissibilidade da PMA. O nosso sistema de estabelecimento da filiação que se encontra(va) vertido no Código Civil (art. 1796.º e ss) basea(va)-se, em grande medida, na procriação natural. A este propósito, a doutrina fala do princípio da verdade biológica, “que pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho.”<sup>39</sup> O sistema jurídico português focou a sua atenção em fazer coincidir a “verdade biológica” e a verdade jurídica”. Excecionalmente, é que estes dois fenómenos se dissociavam, mormente através do instituto da adoção. Denote-se que, à data da aprovação da lei, apenas se abrangiam como potenciais beneficiários pessoas de sexo diferente casadas ou que vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos, tal como preceituava o art.º 6.º, n.º 1 da LPMA.<sup>40</sup>

Neste domínio falava-se (tal como deixava entrever a epígrafe do art.º 6.º da LPMA), do princípio da beneficência. A este propósito, pode causar alguma estranheza a utilização da palavra “beneficência”. Com efeito, aqueles que seriam, no futuro, *pai e mãe jurídicos* são tratados, nos termos da lei, como os beneficiários. A escolha deste conceito não foi fortuita; com esta categorização de “beneficiários” pretende-se desligar esta “nova parentalidade” oriunda da utilização das técnicas de PMA da ideia de “continuidade biológica”. Note-se que, ao abrigo da versão originária da lei, os contratos de maternidade de substituição, onerosos ou gratuitos, eram proibidos, sendo que, se celebrados contra essa proibição, eram sentenciados com a nulidade (art. 8.º). Várias considerações podem ser tecidas. Em primeiro lugar, tal como defendeu Oliveira ASCENSÃO, “Não havia que proceder a nenhuma qualificação à cabeça. Bastaria falar em gestação para outrem, que é na realidade o que se verifica.”<sup>41</sup> Ademais, a rejeição do ordenamento jurídico a este tipo de gestação estava bem patente no tipo de sanção prevista. Assim no art.º 39.º, não só se previam sanções a nível penal para quem celebrasse um contrato de maternidade de substituição a título oneroso (pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias – n.º 1 do art.º 39.º), mas também se punia a conduta de promoção da maternidade de substituição

---

subsidiariedade e, como tal, utilizada quando forem esgotados todos os meios de cura das causas de esterilidade ou quando a gravidez não possa ser alcançada de forma natural. O âmbito alarga-se também a situações em que possa constituir o único meio de prevenção de doenças graves, quer do foro genético, quer do foro infeccioso.” (italico nosso) Disponível no site <http://www.cnpma.org.pt/Docs/ComunicacaoMC%20PMA.pdf>, consultado a 13/02/2018.

<sup>39</sup> Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, volume II, tomo I direito da filiação, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.52.

<sup>40</sup> Somente através da Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, foi possível a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo tendo sido alteradas, para o efeito, as respetivas disposições do CC.

<sup>41</sup> José de Oliveira ASCENSÃO, “A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, ob. cit. ..., pp. 25 – 50.

independentemente do meio, designadamente convite direto ou através de anúncio ou por interposta pessoa (prevendo uma sanção igual à anterior – n.º 2 do art.º 39.º). Esta solução entroncava na ideia de que a celebração destes negócios era contrária à ordem pública e aos bons costumes. A doutrina apontava sérias questões à admissibilidade da maternidade de substituição.<sup>42</sup> Questionava-se qual o limite da autonomia privada e, como decorrência deste princípio, qual o perímetro da liberdade contratual.<sup>43</sup> Neste ponto, teciam-se considerações sobre como harmonizar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art.º 26.º, n.º 1 da CRP) e o direito à liberdade (art.º 27.º, n.º 1 da CRP). A gestação onerosa era veementemente condenada, por violação do valor absoluto da dignidade da pessoa humana, tanto da gestante como do filho gerado. Entendia-se que este tipo de gestação “mercantilizava” a vida humana, sobretudo com a aproximação ao regime dos contratos de “compra e venda”, nos quais recai sobre o alienante (neste caso, a gestante) a obrigação de entrega da coisa (o filho que gerou) e sobre os adquirentes a obrigação de pagamento da coisa (uma “compensação” pela gestação levada a cabo). Ora, tal cenário de contratualização da gestação de uma pessoa afastava totalmente a sua consagração e proteção legal.

Por seu turno, a maternidade de substituição gratuita merecia um tratamento diferente. Apesar de os negócios serem considerados também nulos, não se previam sanções penais para as hipóteses de maternidade de substituição não onerosa (art. 38.º). Contudo, a aparente bondade patente na gratuitidade desta gestação, não tolheu os argumentos que se perfilavam contra a maternidade de substituição, com particular nota sobre a inadmissibilidade da instrumentalização do corpo da mulher gestante. Do ponto de vista da teoria geral do direito civil debatia-se também a questão do cumprimento, pelas partes, de um contrato nulo, porque contrário à lei (art.º 281.º do CC). “O que acontece se a criança tiver nascido para ser entregue à mãe de recepção? O contrato é nulo e o art.º 289.º, n.º 1 do Código Civil associa à nulidade a obrigação de restituição de tudo o que tiver sido prestado. Mas, se devem ser restituídas as quantias pagas a título de retribuição pelo serviço de gestação por conta de outrem, isto não significa que à mãe de gestação seja absolutamente vedado o direito a uma compensação pelas despesas e danos decorrentes da celebração e cumprimento de um contrato nulo, se estiverem preenchidos os requisitos da responsabilidade civil pré-contratual (cfr. art.º 227.º do Código Civil) e não houver motivo para

---

<sup>42</sup> Acompanharemos, de perto Jorge Duarte PINHEIRO, “Mãe portadora - a problemática da maternidade de substituição”, In *Estudos de Direito da Bioética*, ob. cit. ..., pp. 323 a 344.

<sup>43</sup> No capítulo II, faremos o tratamento técnico-jurídico do conceito de autonomia privada.

excluir a indemnização com base em culpa da lesada (cfr. art.º 570.º do Código Civil.)”<sup>44</sup> É ainda de ressaltar que, de acordo com o art.º 8.º, n.º3 da LPMA, a criança nascida era havida como filha da gestante. A lei “punia” a sua violação com a não produção dos efeitos jurídicos pretendidos pelas partes e, simultaneamente, com a “imposição sancionatória” da maternidade à “mãe portadora”.

## **Subsecção II – A alteração introduzida pela Lei nº 17/2016, de 20 de junho**

As alterações levadas a cabo pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho<sup>45</sup> constituem uma autêntica revolução copernicana não apenas no que concerne à utilização destes métodos, mas sobretudo no que toca à interpretação da *ratio legis*, tendo surgido um verdadeiro nó jurídico.

Na verdade, prevendo os n.ºs 1 e 2 do art.º 4.º que as técnicas de PMA constituem um método subsidiário e não alternativo de procriação, deveria concluir-se, segundo nos parece, que a necessidade de um diagnóstico de infertilidade que ateste esta incapacidade biológica (ou no caso de a mulher estar a efetuar o tratamento de uma doença grave ou então haja o perigo sério de transmitir, para o feto, uma doença genética ou infecciosa) deveria consubstanciar-se numa *conditio sine qua non* para recurso às referidas técnicas. Contudo, o aditamento do n.º 3 realizado por esta lei derruba os limites que dos números anteriores, de acordo com a melhor interpretação, parecem emergir, atendendo à ampla possibilidade de aplicação deste número. Se, por um lado, os n.ºs 1 e 2 do referido artigo fazem depender a possibilidade de recurso à PMA aos casos de infertilidade, em homenagem ao princípio da subsidiariedade que encabeça a LPMA, o n.º 3, por seu lado, permite “ainda” que todas as mulheres (mulheres férteis, *a contrario*) possam também aceder a estas técnicas. Acresceram outras modificações quanto aos beneficiários. Para além de estender o recurso às técnicas de PMA a todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual, também o fez relativamente aos casais de mulheres (unidas pelo matrimónio ou em união de facto). Esta lei foi regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro. De entre os aspetos regulados, destacamos a preferência pela

---

<sup>44</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, “Mãe portadora - a problemática da maternidade de substituição”, In *Estudos de Direito da Bioética* ..., pp.323 a 344. Sobre este ponto, o autor refere, em nota de rodapé que ainda que seja uma possibilidade rara, não é impossível de ocorrer.

<sup>45</sup> De notar que esta lei procedeu à segunda alteração da lei nº 32/2006, de 26/07. A primeira alteração foi introduzida pela lei nº 59/2007, de 04/09 cuja importância não releva nesta sede visto que se circunscreveu ao aditamento do art.º 43º-A, referente à responsabilidade penal das pessoas coletivas e equiparadas. Deve referir-se igualmente o Decreto Regulamentar nº 6/2016, de 29 de dezembro que regulamenta o artigo 5.º e o n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho assim como a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho. Igual referência à Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, que procedeu à quarta alteração, aditando o art.º 16º-A, relativo ao destino dos espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico. Por último, o decreto regulamentar nº 6/2017, de 31 de julho que regulamenta a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição.

utilização da técnica de inseminação artificial (art.º 5.º, n.º 1) ou quando se trate de casais de mulheres, a escolha do método (inseminação artificial ou *FIV*) é deixada exclusivamente à opção do casal – art.º 5.º, n.º 2. Em ambos os casos a escolha do casal pode ser derogada por uma razão de ordem médica que aconselhe a utilização de outra técnica.

### **Subsecção III – A alteração introduzida pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto**

A alteração introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, alvo de intenso debate na sociedade,<sup>46</sup> incorporou o modelo da contratualização da gestação humana enquadrando-a num contexto puramente negocial e bilateral, sob a designação de “gestação de substituição.”<sup>47</sup>

Esta consiste numa situação em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade - art.º 8.º, n.º 1 LPMA.<sup>48</sup> O contrato associado a este negócio jurídico reveste-se de um carácter excecional, sendo apenas permitido nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem (art. 8.º, n.º 2). Ademais, carece de autorização prévia do CNPMA (art. 8.º, n.º 4). A gestante ou “mãe portadora” fá-lo num espírito de total liberalidade, sem qualquer tipo de compensação pecuniária ou doação, excetuando-se apenas o valor das despesas oriundas com acompanhamento médico assim como as restantes relativas ao transporte, desde que tituladas em documento idóneo (art.º 8º n.º 5). Neste sentido, consagra-se igualmente a proibição da celebração destes negócios entre partes que mantenham uma relação de subordinação económica (laboral ou de prestação de serviços), nos termos do n.º 6 do art.º 8.º.

É ainda importante reforçar a ideia de total descontinuidade biológica que se pretende com a gestação de substituição, na medida em que, em caso algum, poderá a gestante ser doadora de ovócitos (art. 8.º, n.º 3). Acresce que, pelo menos, um dos gametas dos beneficiários terá de ser usado aquando da aplicação da técnica de PMA (art. 8.º, n.º 3). E como corolário deste raciocínio,

---

<sup>46</sup> Sobre esta discussão, indicamos a publicação de uma peça jornalística que noticiou a preocupação do CNECV sobre a possibilidade de aprovação da maternidade de substituição, disponível in <https://www.publico.pt/2016/03/28/sociedade/noticia/maternidade-de-substituicao-causa-preocupacao-ao-cnecv-1727387> (consultado a 08/08/2018) assim como de uma outra notícia que dá conta de um grupo de cidadãos que defendeu a realização de um referendo à maternidade de substituição, disponível in <https://www.dn.pt/portugal/interior/peticao-quer-referendo-a-gestacao-de-substituicao-5222750.html> (consultado a 09/08/2018).

<sup>47</sup> Não será inocente a designação legal de “gestação de substituição” em vez de “maternidade de substituição”. A versão original da LPMA era adversa a esta realidade. Mais de dez anos volvidos desde a data da primeira lei, o legislador alterou a rota e, sob o chapéu da autonomia privada e da liberdade contratual, introduziu no mundo dos contratos, algo tão natural e pessoal como é a formação intrauterina de um ser humano.

<sup>48</sup> A partir desta subsecção, todos os artigos referidos ao longo do texto sem indicação do diploma legal a que pertencem, devem considerar-se como integrantes da LPMA, na versão atualmente em vigor.

segundo o disposto no n.º 7 do art. 8.º, a criança que nascer será tida como filha dos respetivos beneficiários. Para este contrato é exigida a observância da forma escrita, impondo-se a supervisão do CNPMA (art. 8.º, n.º 10). Quanto ao seu teor, dispõe o n.º 11 do art. 8.º, que o contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante, nem impor regras de conduta que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade, sob pena de nulidade (art.º 8.º, n.º 12). Acresce que é elemento essencial deste contrato a previsão de disposições a observar em casos de malformações ou doenças fetais e em casos de eventual interrupção voluntária da gravidez (art.º 8.º n.º 10). Esta lei foi regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, que especifica os trâmites necessários para a celebração deste contrato, com destaque para o pedido de autorização prévia ao CNPMA (art.º 2.º), às possibilidades de aditamento de cláusulas ao contrato-tipo, por acordo (art.º 3.º n.º 2) e para a revogação das declarações negociais das partes, até ao início dos processos terapêuticos (art.º 4.º). No entanto, várias normas do art.º 8.º foram declaradas inconstitucionais, no seguimento de um pedido de declaração de inconstitucionalidade<sup>49</sup>, requerido por um grupo de trinta deputados. Neste sentido, o Ac. n.º 225/2018 declarou a inconstitucionalidade de algumas normas, de que destacámos as seguintes:<sup>50</sup>: “b) (...) da norma do n.º 8 do artigo 8.º (...) em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º (...) *por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de constituir família*, em consequência de uma *restrição excessiva dos mesmos* (...); d) (...) da norma do n.º 12 do artigo 8.º (...) *por violação do direito à identidade pessoal da criança* previsto no artigo 26.º, n.º 1 (...) e do *dever do Estado de proteção da infância*, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo; e) (...) das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto (...) e do n.º 4 do artigo 15.º (...) *por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos*, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa” (itálico nosso).

---

<sup>49</sup> O pedido de declaração de inconstitucionalidade versava as normas dos n.ºs 1 a 12 do art.º 8.º (*Gestação de substituição*), n.ºs 1 e 4 do art.º 15.º (*Confidencialidade*) em conjugação com o art.º 10.º n.ºs 1 e 2 (*Doação de espermatozoides, ovócitos e embriões*) e do art.º 19.º n.º 1 (*Inseminação com sémen de dador*) assim como do art.º 20.º n.º 3 (*Determinação da parentalidade*). No capítulo III, na nossa reflexão, tomaremos em atenção as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional.

<sup>50</sup> Por razões de ordem prática, apenas se transcrevemos os segmentos mais importantes para o tratamento do nosso objeto de estudo. Contudo, reconhecemos o valor uno e sistemático da decisão judicial proferida.

## Capítulo II – O direito a ser mãe: contributos para um enquadramento dogmático

### Secção I – A autonomia privada no Direito Civil e no Direito da Família

De grande relevo perfila-se, neste ponto, o tratamento jurídico da autonomia na medida em que a autonomia privada é um dos princípios basilares que compõem a “ossatura do direito civil”.<sup>51</sup> “Em sentido literal, a expressão “autonomia privada” (do grego “auto”, próprio e “nomos”, regra) consiste na possibilidade que alguém tem de estabelecer as suas próprias regras.”<sup>52</sup> Mesmo sabendo que a criação do Direito é una<sup>53</sup>, a autonomia privada permite ao indivíduo que ele seja, para si próprio legislador, criando as normas jurídicas às quais se vai, livremente, submeter. É, portanto, um espaço de autorregulação balizado apenas pelos limites impostos pelo Direito<sup>54</sup> e, no qual, o indivíduo pode desencadear, na sua esfera jurídica, os efeitos jurídicos que pretender, nomeadamente a constituição, modificação e extinção de relações jurídicas. A sua faceta imediata e mais visível é a liberdade contratual – art.º 405.º do CC.

Ora, no domínio do Direito da Família, “tradicionalmente, o espaço reconhecido às partes para autonomamente conformarem as relações familiares era muito diminuto e, de qualquer modo, substancialmente restringido a áreas específicas das mesmas (...) Tratava-se de um corolário da concepção de família acolhida juridicamente e da particular forma de intervenção do direito na área familiar.”<sup>55</sup> Mas o decurso do tempo traz implicada uma evolução ora no conceito de família (e a sua função e estruturação), ora na noção de pessoa, que se apurou e continua a apurar significativamente. “O século XXI bem poderá ser uma época de direitos das pessoas e do cinzelamento da sua dogmática.”<sup>56</sup>

A alteração que se faz notar no campo do Direito da Família, no que tange à autonomia dos seus membros, vem alinhar na senda do “individualismo institucionalizado”, em contraponto com o

---

<sup>51</sup> Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., ..., p.95.

<sup>52</sup> Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume I Introdução da constituição das obrigações, 11ª edição, Coimbra, Almedina, fevereiro 2014, p.19.

<sup>53</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, novembro 2012, p.364.

<sup>54</sup> O próprio art.º 405.º, n.º 1 CC começa por “dentro dos limites da lei”. Assim, pode-se indicar como balizas da autonomia privada os arts.º 280.º e 294.º CC. Ainda a propósito dos limites da autonomia: “O s limites da autonomia encontram-se na Lei, na Moral e na Natureza. (...) Também o conteúdo material da Ética constitui um poderoso limite à liberdade negocial. A referência aos bons costumes, feita no art.º 280.º do Código Civil, é uma abertura do sistema aos conteúdos materiais da Ética. (...) A Natureza limita tanto o negócio e o contrato, como a lei e, em geral, o Direito, pela simples razão de que o Direito só rege condutas humanas e só pode o que as pessoas puderem.” Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*..., p. 365.

<sup>55</sup> Rute Teixeira PEDRO, *Convenções Matrimoniais, a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, fevereiro 2018, Almedina, p.31.

<sup>56</sup> António Menezes CORDEIRO, *Os direitos de personalidade na civilística portuguesa*, disponível in <https://portal.oa.pt/upl/%7Be1ee299b-5174-4e50-9b0b-c8d97c0c6d3b%7D.pdf> (consultado a 12/08/2018).

afrouxamento da tutela do “bem da Família” que pode, de alguma forma, comprimir ou, pelo menos, aconselhar a abstenção de certos comportamentos individuais para almejar um propósito comum. É, portanto, alicerçado na autonomia privada, que o legislador procedeu ao alargamento subjetivo dos beneficiários das técnicas de PMA, atendendo ao facto de que é na mulher que as técnicas são aplicadas e de que apenas a ela é que cabe decidir, livremente, ser ou não ser mãe.

## **Secção II – O direito a ser mãe, como direito fundamental e direito de personalidade**

O *direito a ser mãe*, tal como o temos apresentado ao longo deste trabalho, não se encontra literalmente consagrado no nosso ordenamento jurídico.

De facto, a Constituição faz uma alusão à *paternidade* e à *maternidade* como *valores sociais eminentes* (n.º 2 do art.º 68.º da CRP) e desenvolve, nos números seguintes, alguns direitos especiais das mães atendendo ao período de gravidez, dotado de características peculiares que necessitam de ser devidamente atendidas, a título exemplificativo a dispensa do trabalho sem perda da retribuição assim como da previsão de um período de acompanhamento mais imediato ao recém-nascido (licença parental).

Prevê ainda na alínea d) do n.º 2 do art.º 67.º da CRP a incumbência do Estado em garantir todos os meios e métodos que concorram para uma organização das estruturas (jurídicas, sociais, laborais, entre outras) para que todas e todos possam *exercer uma maternidade e uma paternidade conscientes*.

No entanto, apesar de aparentar tratar-se de uma questão árida e sem interesse pensamos que é de sublinhar o facto de o legislador constituinte falar em *maternidade* e não no *direito a ser mãe*. Basta um folhear *en passant* as páginas da Constituição para comprovar que, ainda que a epígrafe de um artigo esteja escrita com um substantivo, em geral, logo no seu primeiro número, se diz “todos têm direito a...” ou “a todos é garantido o direito a...”. Veja-se, por exemplo, o art.º 69.º n.º 1 da CRP, cuja epígrafe é *Infância* e diz: “As crianças têm *direito* à proteção da sociedade e do Estado”, ou o art.º 36.º n.º 1 CRP que prevê que “todos têm o *direito* de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade” ou ainda o art. 26.º, n.º 1 que proclama que “A todos são reconhecidos os *direitos* à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade (...)”. (itálico nosso).

Como poderemos interpretar esta redação? Terá sido por uma mera conveniência linguística e por isso, ser mais cómodo falar em *maternidade* do que utilizar o segmento linguístico *direito a ser mãe*? Terá querido o legislador utilizar apenas a expressão *maternidade* para falar no seu papel único e insubstituível na criação e educação de uma criança e, como tal, reconhecê-la como



um valor social de elevado grau? Isto é, o legislador valoriza e, por isso, consagra constitucionalmente a maternidade, entendendo-a como uma relação que dura e perdura ao longo do tempo, ao contrário do “ser-se mãe”, naquele instante, naquele episódio ostensivo que é o parto? Será que podemos falar aqui, *mutatis mutandis*, como dizemos a propósito do casamento (aquando do estudo de uma das suas facetas): “ser mãe *in fieri*” e “ser mãe *in facto esse*”? Tal posição parece-nos de rejeitar. No Direito, a semântica nunca é fortuita. Ainda assim, parece-nos óbvio que o legislador consagra o direito a ser mãe, sem qualquer dissociação entre o ato procriativo, o período de gravidez, e todas as restantes vicissitudes e circunstâncias que, enquanto mãe, deverá acompanhar o seu filho.

Mas a questão permanece: como podemos caracterizar este direito? Será um direito fundamental e um direito de personalidade? Constituirá um direito subjetivo?

Mais uma vez, parece que nos detemos em esmiuçar o que supostamente é tido como consensual: o que é a maternidade, o que é o direito a ser mãe; contudo, atualmente, torna-se mais premente e urgente do que nunca perceber a realidade intrínseca (social, antropológica e ética) a este direito, pois o Direito, enquanto ordem normativa, deve acompanhar estas transformações, sob pena de se tornar obsoleto e de dar respostas antigas e desatualizadas a problemas novos e a situações da vida sedentas de uma nova resposta, ou pelo menos, de um novo contexto.

### **Secção III – A relação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade**

No nosso entender, parece-nos claro que a Constituição entende a maternidade como um direito fundamental das mães *qua tale* – “um direito a ter filhos de acordo com os projetos pessoais de cada um.”<sup>57</sup> Podemos, portanto, afirmar que ser mãe é um direito fundamental.

Nesta sede, acompanhamos de perto as lições de Jorge MIRANDA que afirma que os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, material ou formal.<sup>58</sup> Desta noção operativa, podemos retirar várias conclusões sobre como se caracterizam estes direitos. Uma das principais tem por base o reconhecimento da esfera jurídica de cada pessoa individualmente considerada, relativamente ao poder político. Dois planos, portanto, que se contrapõem: a pessoa e o poder. “Não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.”<sup>59</sup> *Ubi societas, ibi jus*.

---

<sup>57</sup> J. J. CANOTILHO, e Vital MOREIRA, ob.cit., p.864.

<sup>58</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV – Direitos fundamentais, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 7.

<sup>59</sup> Jorge MIRANDA, ob. cit..., p. 8.

E, a partir daqui, facilmente se vislumbra a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Os primeiros encontram consagração na Lei Fundamental e são, obviamente, direitos fundamentais em sentido material. Contudo, nem sempre os segundos (direitos fundamentais em sentido material) encontram acolhimento positivo na Constituição. Isto deve-se ao facto de a Constituição ser a expressão momentânea vigente num certo período de tempo e de um certo regime político.

Por sinal, ninguém recusa afirmar categoricamente que o direito à vida é um direito fundamental, mesmo que não estivesse previsto na Constituição. Assim que, a ligação que se estabelece entre a “jus-fundamentalidade” dos direitos e a vida humana, seja pessoal, social, profissional ou culturalmente considerada é, certamente, umbilical.<sup>60</sup> Aplicando, *in casu*, ao que nos ocupa, o direito a ser mãe é este poder jurídico de ser-se e poder-se ser mãe, que o Estado deve respeitar, proteger e tutelar.

Sabemos igualmente que as noções de Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade não se confundem; antes demandam uma abordagem e estudo complementares. A este propósito trazemos à colação as palavras de Vera RAPOSO, quando afirma que “A íntima relação dos direitos fundamentais com a pessoa tem levado a confundi-los com a categoria dos direitos de personalidade. Mas recorde-se que nos movemos em campos de análise distintos: o direito constitucional no primeiro caso, o direito civil no segundo caso. Os direitos de personalidade encontram-se no Código Civil (muitos deles foram acolhidos na nossa Constituição, por força do art.º 26.º CRP) e valem nas relações de direito privado, essencialmente entre particulares ou entre particulares e o Estado, agindo na veste de mero particular. Já os direitos fundamentais têm assento constitucional e valem nas relações de direito público, entre particulares e o Estado e, em certos casos, também nas relações horizontais, segundo a teoria de *Drittwirkung*”.<sup>61</sup> Apesar das diferenças, os direitos de personalidade podem ser entendidos como o *homólogo privatístico* dos direitos fundamentais pois comungam da mesma raiz: a pessoa humana e são, como os restantes ramos do direito, *direito constitucional concretizado*.

---

<sup>60</sup> Assim também é a relação entre estes direitos e a Constituição, passados e vividos ao longo da história diferentes períodos e teorias políticas, de forma a que possamos dizer hoje que “Se a Constituição é o fundamento da ordem jurídica, o fundamento de validade de todos os actos do Estado (como diz o art.º 3.º da CRP), direitos fundamentais são os direitos que, por isso mesmo, se impõem a todas as entidades públicas e privadas (conforme, por seu lado, afirma o art.º 18.º) e que incorporam os valores básicos da sociedade.” in Jorge MIRANDA, ob.cit, p. 52.

<sup>61</sup> Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade - o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, p.69.

Os direitos de personalidade não podem, por uma ordem de razão lógica, ser dissociados da personalidade jurídica. Já esta está na total dependência da personalidade humana que é, indiscutivelmente, um *prius lógico, ontológico e axiológico da personalidade jurídica*.<sup>62</sup> “A personalidade humana é, por conseguinte, o *cur*, o *quando* e o *quantum* da personalidade jurídica.”<sup>63</sup> Esta adquire-se no momento do nascimento completo e com vida (n.º 1 do art.º 66.º do CC)<sup>64</sup>, cessa com a morte (n.º 1 do art.º 67.º do CC) e a sua primeira consequência é a titularidade de direitos de personalidade.<sup>65</sup> Estes direitos são adquiridos originariamente e caracterizam-se pela sua intransmissibilidade (não se admite a sua transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*) e irrenunciabilidade.<sup>66</sup> São direitos absolutos pois impõem-se aos restantes membros da comunidade, exigindo destes atitudes e comportamentos de respeito, podendo revestir a forma de obrigações passivas ou ativas.<sup>67</sup> Têm eficácia *erga omnes*, por oposição aos direitos relativos, cuja eficácia é *inter partes*. Os direitos de personalidade podem ser definidos como “um conjunto de direitos subjectivos, que incidem sobre a própria pessoa humana ou sobre alguns modos de ser fundamentais, físicos ou morais, da personalidade, inerentes à pessoa humana.”<sup>68</sup> Numa formulação mais sucinta, “o direito de personalidade analisa-se numa permissão de aproveitamento de um bem de personalidade.”<sup>69</sup> Em regra, os direitos de personalidade são considerados direitos fundamentais devido à sua essencialidade (na medida em que estão intimamente conexioneados com a personalidade humana, que é a fonte destes direitos) e são igualmente protegidos pela lei penal, pois integram o “mínimo ético” que, em caso de violação, faz operar os mecanismos jurídico-penais.<sup>70</sup>

---

<sup>62</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, novembro 2012, Coimbra, Coimbra Editora, p.190.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> A lei portuguesa consagra o princípio da inadiabilidade da personalidade jurídica, ie, não se exige a “viabilidade” física do recém-nascido, ao contrário de outros ordenamentos, como é o caso do espanhol (art.º 30.º do Código Civil Espanhol).

<sup>65</sup> Assim Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob.cit., ..., p.35.

<sup>66</sup> O art.º 81.º, n.º 1 CC culmina com a nulidade todo o tipo de limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que contrária aos princípios da ordem pública. Caso a limitação seja conforme à lei, é sempre revogável, sem prejuízo da obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (n.º 2 art.º 81.º CC).

<sup>67</sup> Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob.cit., ..., p.100.

<sup>68</sup> João Paulo Remédio MARQUES, *Alguns aspetos processuais da tutela da personalidade humana no novo código de processo civil de 2013*, in

[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma\\_do\\_processo\\_civil.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.pdf)

(consultado a 13/08/2018).

<sup>69</sup> António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, parte geral, tomo III – pessoas, Coimbra, Almedina, 2004, p. 96.

<sup>70</sup> Assim, Paulo Mota PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos...*, p.475 – 592.

A nossa matriz de estudo partiu da análise ao art.º 70.º do CC em constante confrontação com as normas da LPMA que mais contendem com o acesso às técnicas de PMA e, por conseguinte, com o direito a ser mãe (arts. 4.º e 6.º n.º 1 da referida lei). Este artigo consagra uma tutela geral da personalidade do indivíduo, ao prever que “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral” – n.º 1 – através não só do instituto da responsabilidade civil como também através de providências adequadas às circunstâncias do caso concreto, sempre tendo em vista evitar a consumação da ameaça ou para diminuir os efeitos já provocados (n.º 2). A responsabilidade civil visa, em traços gerais, “a reparação do dano, a prevenção de ocorrência de novos prejuízos ou/e a sanção pelo comportamento lesivo levado a cabo.”<sup>71</sup> Há, na doutrina, alguma divergência quanto à classificação do instituto da responsabilidade civil, mormente se se estrutura como um sistema dualista ou monista.<sup>72</sup> Todavia, acolhemos a posição de Antunes VARELA que defende a comunicabilidade entre as duas variantes de responsabilidade civil (contratual e extracontratual); “funcionam como verdadeiros *vasos comunicantes*.”<sup>73</sup> Assim, nos casos de violação de direitos de personalidade é aplicável o previsto no art.º 483.º do CC, que consubstancia uma forma de responsabilidade civil aquiliana, pois assenta na “violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos.”<sup>74</sup> O direito civil tutela também a personalidade com a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória (art.º 829.º-A do CC) e ainda, a nível do direito processual, a apresentação em tribunal, de um processo especial de *Tutela da personalidade*, previsto no art.º 878.º e ss. do CPC.<sup>75</sup> Acrescenta ainda Remédio MARQUES que este processo, enquadrado no âmbito da jurisdição voluntária, presta uma *tutela definitiva processual geral* da personalidade humana *fora das pretensões indemnizatórias*.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, março 2017, Principia, p.41.

<sup>72</sup> A favor de um sistema dualista: Carlos Mota Pinto e Antunes Varela; a favor de um sistema monista: Gomes da Silva e Pedro Romano Martínez. APUD Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, pp.13 e 14 (notas de rodapé 1 e 2).

<sup>73</sup> João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, 10ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, março 2013, p.522.

<sup>74</sup> João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, ..., p.521.

A tutela civil da personalidade encontra enquadramento em mais disposições legais do Código Civil exemplificativamente nos arts. º n.ºs 484.º, 495.º e 496.º CC.

<sup>75</sup> Diz o art.º 878.º do CPC: Pode ser requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e direta à personalidade física ou moral do ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida.

<sup>76</sup> Exemplificativamente, o autor apresenta possíveis medidas: a proibição ou a inibição de acesso a registos de informações ou dados da vida privada e a obrigação de o demandado se abster em perturbar a liberdade de

#### Secção IV – O direito geral de personalidade

A propósito dos direitos de personalidade, a doutrina depara-se perante outro ponto de grande discussão e, consequentemente, de divisão relativamente ao reconhecimento ou não, de um direito geral de personalidade, à luz do art.º 70.º do CC. Partilhamos as indagações de Paulo Mota PINTO: “Admitidos, pois, os direitos de personalidade, logo se abre a questão de saber como se devem conceber esses direitos: atomisticamente, como uma pluralidade taxativa de direitos, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade, ou numa visão unitária, admitindo um complexo direito de personalidade referido à personalidade no seu todo?”<sup>77</sup>

Como se depreende da própria epígrafe do art.º 70.º do CC (*Tutela geral da personalidade*), consagra-se aqui uma *cláusula geral de proteção*, tal como se previu no *Anteprojeto* de Manuel de Andrade. O fundo desta querela situa-se, uma vez mais, ao nível da densificação do conceito indeterminado, ou seja, em saber *em que consiste* e *como se tutela*, na prática, a personalidade humana.<sup>78</sup> A este respeito, identificam-se duas possibilidades, ao nível da dogmática, para esta tutela: seja através da proteção de *direitos especiais de personalidade* ou, opostamente, através do reconhecimento de um *direito geral de personalidade*. Em comum, ambos têm um ponto de cruzamento, a montante e a jusante: a personalidade humana.

Contudo, o *modus operandi* adquire contornos diferentes, em cada uma das vias de proteção. Assim, se por um lado é-nos apresentado um modo de tutela *compartimentado*, “como uma pluralidade de direitos, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade (teoria que apenas admite direitos especiais de personalidade, taxativos ou não)”<sup>79</sup> – no caso dos *direitos especiais de personalidade* –, por seu turno, a teoria do *direito geral de personalidade* não faz, *a priori*, confinar a personalidade humana a direitos nominados. Esta teoria não circunscreve nem dilata o âmbito da personalidade, antes sustenta-a na sua global projeção abarcando, por força desta sua tutela congregante, “todas as manifestações previsíveis e

---

determinação e de movimentos do autor e o seu sossego e a tranquilidade, designadamente, através da cessação imediata de telefonemas e do envio de mensagens.

<sup>77</sup> Paulo Mota PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos...*, p.475 – 592.

<sup>78</sup> A favor de um direito geral de personalidade, Rabidranath V. A. Capelo de SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, janeiro 2011, p.515. Em posição dissonante, José Oliveira ASCENSÃO, *Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro*, disponível in <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf> (consultado a 15/08/2018), que afirma “A possibilidade de reconhecimento de concretos direitos de personalidade, em regime de *numerus apertus*, apresenta a nosso ver grandes vantagens em relação à concepção germânica do direito geral de personalidade.”

<sup>79</sup> Paulo Mota PINTO, “Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, abril 2018, pp.321 – 367.

imprevisíveis da personalidade humana, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua «liberdade de desabrochar».”<sup>80</sup> Esta posição não exclui, *tout court*, os direitos especiais de personalidade; estes são como que satélites que pairam em redor do *direito fundante* e cujo objeto é um certo bem da personalidade humana que se destacou e, por isso, merece uma tutela autónoma, mas nunca desfasada do contexto de tutela geral.<sup>81</sup> Melhor, “trata-se, nesses direitos, de formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade”<sup>82</sup>.

Nesta senda, Orlando de CARVALHO defende: “Acolhe-se, nesta norma [art.º 70.º CC], um direito geral de personalidade, que protege a personalidade no seu todo, nas suas diversas manifestações (...)”.<sup>83</sup> A personalidade abrange não só a dimensão física da pessoa, mas também uma alargada componente axiológica. Apesar da unicidade da personalidade humana, tal não implica que não se autonomizem, por força da *lei*, pela *doutrina* ou pela *decisão judicial*, algumas facetas dessa mesma personalidade e, assim, rejeita-se um *numerus clausus* de direitos de personalidade.<sup>84</sup> A personalidade cria-se e recria-se num movimento contínuo pelo que tentar compartimentá-la em diversos direitos pode conduzir à fragmentação dos contornos únicos e irrepetíveis que adquire em cada pessoa. Entende Orlando de CARVALHO que o direito geral de personalidade é um *direito fundante* dessas projeções da personalidade que se vão afirmando “como «bens» relativamente autónomos”, em consonância com a “prática ou a consciência ético-jurídica.”<sup>85</sup> Este autor defende um “*jus in se ipsum* radical”, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação.”<sup>86</sup> Estaríamos assim, perante um direito progenitor do qual irradiam certas refrações da personalidade humana e que justificam uma tutela autónoma. Reconhece, contudo, que a efetivação, em termos práticos, desta tutela é,

---

<sup>80</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit.,..., p.203.

<sup>81</sup> Orlando de CARVALHO reconhece como direitos especiais de personalidade o direito à vida, o direito à integridade físico-psíquica, direito à liberdade (positiva e negativa), direito à inviolabilidade pessoal com três projeções: uma física – que engloba os direitos à imagem e à palavra – uma vital – que engloba os direitos ao carácter, à história pessoal, à intimidade da vida privada e à verdade profunda – e uma projeção moral – direito à honra –; reconhece ainda o direito à identidade pessoal (direito aos meios de identificação pessoal e direito à verdade pessoal) e o direito à criação pessoal (que abrange o direito moral de autor). In Orlando de CARVALHO *Teoria Geral do Direito Civil*, nota (xlv), p.207.

<sup>82</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit.,..., p.206.

<sup>83</sup> Maria Raquel GUIMARÃES, “A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística – Questões actuais”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, volume II, novembro 2017, Almedina, 291 – 311.

<sup>84</sup> José de Oliveira ASCENSÃO defende um regime de *numerus apertus* de direitos especiais de personalidade. APUD Maria Raquel Guimarães, “A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística – Questões actuais”, pp. 291 – 311.

<sup>85</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit.,..., p.206.

<sup>86</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., ..., p.203.

inevitavelmente, limitada, sobretudo pela *própria natureza do bem da personalidade*, das *exigências da vida em comum*, da *ponderação dos interesses em causa* e também pelo *consentimento do ofendido*.<sup>87</sup> As limitações apontadas parecem revestirem-se de grande peso analítico para o estudo do direito a ser mãe. Se nos ancorarmos na posição defendida por Orlando de CARVALHO, quanto à existência de um direito geral de personalidade – sem prejuízo da existência de direitos especiais –, o direito da mulher a ser mãe é claramente, parte integrante do direito geral de personalidade. Resta apenas saber se este direito demanda uma proteção autónoma.

Partindo da antropologia e da psicologia, este autor alerta para as “camadas” em que a personalidade se divide e, desse modo, a possibilidade que abre em verificar a existência de uma ofensa e, em caso afirmativo, de que tipo. Quanto ao segundo aspeto (*exigências da vida em comum*), faz notar que “o homem é um «ser» com os outros»; daí que só seja relevante se excede os limites da «adequação social»”.<sup>88</sup> Problematisamos: a tutela conferida à mulher que deseja ser mãe ultrapassa ou não este limite, de que fala Orlando de CARVALHO? Por último, a *ponderação dos interesses* em causa assume-se, a nosso ver, como a limitação de maior calibre no estudo do direito a ser mãe, pois tributa uma atenção especial ao caso concreto de modo a aferir dos valores em causa, com vista à “eliminação do conflito pela demonstração da inanidade de uma das pretensões ou da prevalência de uma delas sobre a outra.”<sup>89</sup> No fundo, o que se pretende é aplicar, *in casu*, o art.º 335.º do CC que, em caso de colisão de direitos estatui que, nas circunstâncias em que os direitos colidentes sejam de natureza diferente, prevaleça aquele que se considerar *superior* ou, em caso de direitos de igual espécie, ambos os titulares dos direitos “cedam na *medida do necessário* para que todos produzam igualmente o seu efeito sem maior detrimento para qualquer das partes.” (itálico nosso). Surge, então, a questão: qual é a natureza do direito a ser mãe e qual é a natureza dos direitos do filho? Será possível encontrar uma solução que congregue os interesses de cada um e consiga também uma suficiente ponderação e cedência, na *medida do necessário*, de cada um? Será possível um *meio termo*, no que toca ao nascimento de uma pessoa? Independentemente da posição que se possa ter, este campo do direito da filiação é diametralmente atravessado *pelo princípio do superior interesse da criança*, que não tem sido verdadeiramente almejado: “Na prática, o critério fracassa na sua missão de proteger as crianças,

---

<sup>87</sup> Orlando de CARVALHO parte de HUBMANN para elencar estas condições concretas de limitação.

<sup>88</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 204.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

porque serve de veículo para concepções não testadas sobre o que é melhor para as crianças, *acabando por reflectir os interesses dos adultos.*”<sup>90</sup> (itálico nosso).

## **Secção V – O direito ao desenvolvimento da personalidade**

Tomando como ponto de partida o direito geral de personalidade, compete-nos, agora, atentar sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade. Foi já referido no capítulo I, que este direito foi positivado na Constituição, em 1997, aquando da quarta revisão constitucional.

Sucintamente, a consagração deste direito participa da ideia de tutela da personalidade e é, para efeitos da sua proteção jurídica, o instrumento que está ao seu dispor: “a consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade terá vindo representar a explicitação de um *fundamento* constitucional para o direito geral de personalidade no direito português.”<sup>91</sup> Quanto ao conteúdo deste direito, mais do que a tutela de um *direito à diferença* – na medida em que não se impõe o seguimento de uma certa mundividência ou o acatamento de certa moralidade – este direito consagra uma *liberdade de ação* da pessoa que deve “desabrochar” – para continuar no estilo linguístico de Orlando de CARVALHO –, no autodesenvolvimento da própria personalidade. Note-se ainda que este direito ao desenvolvimento da personalidade “não resolve de uma penada os complexos problemas de *aplicação e delimitação práticas*. Designadamente, o direito geral de personalidade carece de uma delimitação clara, tendo os seus limites que ser precisados, desde logo porque a proteção de uma pessoa pode contender com o livre desenvolvimento (e a personalidade) da outra.”<sup>92</sup>

Tendo em vista o direito a ser mãe, segue-se a questão de saber se será um direito de personalidade autónomo, ainda que sem *nomen iuris* e sem positivação em legislação civilística ou se, por outro lado, vai enfileirar-se no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no art.º 26.º, n.º 1 da CRP.<sup>93</sup>

Entendemos que a vontade de querer ser mãe, de iniciar um projeto familiar é, indubitavelmente, uma das mais sublimes expressões e projeções da personalidade da mulher; enfileira na área da autonomia privada de cada pessoa, que é uma ideia base e fundante do direito civil. No entanto, não parece ser imprescindível à sua realização pessoal, atendendo ao elevado número de

---

<sup>90</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, junho 2014, p.42.

<sup>91</sup> Paulo Mota PINTO, “Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro”, cit., ..., pp.321 – 367.

<sup>92</sup> Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, abril 2018, pp .7 – 122.

<sup>93</sup> “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, *ao desenvolvimento da personalidade*, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.” (itálico nosso).



mulheres que optam, livre e conscientemente, por não o ser, ou ainda atendendo àquelas que prescindem da maternidade para realizarem a sua vocação, profissão ou missão. A este respeito, e acompanhando de perto as posições de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, o direito ao desenvolvimento da personalidade tem uma dupla natureza: por um lado, deve ser visto como uma “forma livre da personalidade, sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade”, assim como uma tutela da liberdade de ação de acordo com a vida e vocação e capacidades pessoais próprias (...).”<sup>94</sup>

Assim, parece-nos mais adequado contextualizar este direito a ser mãe como parte tributária, *ie*, integrante, do direito ao desenvolvimento da personalidade. A personalidade de cada pessoa, de cada mulher é única e irrepetível. Um repositório completo, complexo e diversificado de desejos, motivações e crenças. Um verdadeiro circuito fechado, interno e do domínio interior de cada mulher que pode ter como meta o ser mãe ou o não ser. E é este direito ao livre desenvolvimento da personalidade que, com a sua elasticidade própria consegue abarcar a multiplicidade de projetos, enfim de personalidades dinâmicas, diversas, mas todas elas iguais em dignidade. Deve-se ainda ressaltar, tal como já o fizemos anteriormente, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode contender com o desenvolvimento de outra pessoa; desenvolvimento esse que se deseja que seja igualmente livre. Ademais, acresce ainda que “(...) O direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem imbuído na sua própria noção uma “indispensável dimensão *social* do direito em causa. (...) a verdade é que as possibilidades de realização do indivíduo isoladamente são, necessariamente, limitadas.”<sup>95</sup> Pressupõe um contínuo movimento comunicativo com “o outro.” Portanto, quanto ao direito a ser mãe, por muito que corresponda a uma das formas mais sublimes de tutela da mulher que aspira à maternidade, tem de ser exercido com a suficiente clareza e consciência destes limites inerentes. Não há, no Direito, direitos verdadeiramente ilimitados.

Deslinda-se, portanto, que o direito a ser mãe é um direito fundamental e é uma refração da personalidade humana que encontra a sua proteção no direito geral de personalidade sem que, todavia, careça de autonomização relativamente ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> J. J. CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *ob.cit.*, p.463

<sup>95</sup> Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos, ...*, pp. 7 – 122.

<sup>96</sup> Embora o legislador constituinte não tenha utilizado o adjetivo “livre” para se referir ao direito ao desenvolvimento da personalidade, a “liberdade” é corolário do mesmo: “Não nos parecem legítimas as dúvidas de que o direito referido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição seja, na realidade, um “direito de liberdade” (um “*Freiheitsrecht*”) –

## Secção VI – O direito subjetivo e o direito potestativo

Questão de igual complexidade está em saber se o direito a ser mãe é ou não um direito subjetivo.<sup>97</sup> Remontando ao campo da Teoria Geral do Direito Civil, ensina Baptista MACHADO que a palavra *direito* é dotada de uma ambivalência, quanto ao significado que pode adquirir. Se, por um lado, a faceta objetiva (direito objetivo) remete-nos para a ordem normativa, alicerçada em regras gerais e abstratas com vista à organização da sociedade, também a palavra direito “serve para designar os direitos subjetivos, ou seja, aquelas posições de privilégio (direitos), faculdades ou poderes que, por aplicação das regras de direito objetivo, são atribuídos a pessoas determinadas, uma vez verificados certos eventos (factos jurídicos sentido lato) previstos naquelas mesmas regras.”<sup>98</sup>

Numa tentativa de decompor este direito,<sup>99</sup> a doutrina apresenta como traços gerais do direito subjetivo o poder jurídico de uma pessoa exigir a outrem um certo comportamento (ação ou omissão), por si próprio ou por intermédio de um ato de autoridade pública, de modo a provocar certo efeito jurídico que se irá impor a outra pessoa.<sup>100</sup>

Tentemos, pois, relacionar com o objeto do nosso estudo. Em primeiro lugar, o direito subjetivo é um poder jurídico. No caso em estudo, será que o desejo de ser mãe o núcleo de um *direito subjetivo em sentido estrito*? Ou até de um *direito potestativo*? Ou podemos enquadrar como uma mera faculdade? Ou estaremos perante uma expectativa? Se o direito a ser mãe é um poder jurídico, a quem se vai exigir o comportamento querido pela mãe? A quem é que o comportamento se vai impor?

O direito subjetivo é, na sua raiz, uma posição ou situação de poder que tem, como contra-pólo, uma situação de sacrifício, de um dever. É, por excelência, um dos instrumentos ao serviço da tutela de autodeterminação da pessoa. Sobre o fundamento deste direito, é pertinente referir, sumariamente, as teses de Rudolph VON JHERING e de SAVIGNY. Este último entende o

---

justamente, o direito ao *livre* desenvolvimento da personalidade.” Paulo Mota PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, cit., ..., p.20.

<sup>97</sup> É importante não confundir os conceitos de direito subjetivo e de autonomia privada. Aquele tem como elemento característico um certo fim, *ie*, o direito subjetivo é um poder que vai ser afetado à concretização de um fim/objetivo, ainda que pessoal. Por seu turno, a autonomia privada é uma permissão genérica de livre (mas não ilimitada) conformação da esfera jurídica do indivíduo.

<sup>98</sup> João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 15ª reimpressão, Porto, Almedina, 2006, p.64.

<sup>99</sup> O nosso atual Código Civil não define claramente o direito subjetivo, ao contrário do Código de Seabra que definia, no seu art.º 2.º: “Entende-se por direito, neste sentido, a faculdade moral de praticar ou de deixar de praticar certos factos: e por obrigação, a necessidade moral de praticar ou de não praticar certos factos.” – Código Civil Português, aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867, segunda edição oficial, Lisboa, 1868, Imprensa Nacional.

<sup>100</sup> Neste sentido, Carlos Alberto da Mota PINTO, *ob. cit.*, p.135.

direito subjetivo numa perspetiva voluntarista, pois defende que este direito se alicerça na vontade da pessoa e, por isso, legitima a atribuição de um poder.<sup>101</sup> Já JHERING entende o direito subjetivo na perspetiva da «teoria do interesse», *ie*, o núcleo do direito seria um interesse da pessoa e que, por isso, era merecedor de tutela jurídica.<sup>102</sup>

Podemos dizer que a pessoa é a base e o cume do direito subjetivo. Se partirmos da teoria de Savigny («soberania do querer» – «Willensherrschaft»), o direito subjetivo tem como referencial a vontade da pessoa, pelo que se diz que é a base, é a fundação onde o direito subjetivo se vai alicerçar; o direito subjetivo seria, pois, um “poder da vontade do sujeito de agir dentro dos limites fixados pelo direito objetivo.”<sup>103</sup> Acresce ainda que o direito, partindo da vontade da pessoa, só é exercido em prol dessa mesma pessoa, caso esta seja a sua vontade: “é um poder que enraíza na pessoa e que ao critério ou arbítrio da pessoa se devolve.”<sup>104</sup> Por isso, o direito subjetivo é um direito funcional pois está ao serviço do poder de autodeterminação. Orlando de CARVALHO afirma que é “algo de exterior, de não necessário e de disponível”; “algo de externo ou de mecânico. A origem fontal do direito subjetivo é a autodeterminação da pessoa: “o mundo jurídico-civil é que é o mundo da pessoa e o dos direitos da pessoa”.<sup>105</sup> Sem prejuízo de outras posições mais ecléticas que tentam agregar pontos de várias posições, afigura-se-nos a definição de direito subjetivo avançada por Orlando de CARVALHO como um bom ponto de partida: o direito subjetivo “não é mais do que a situação de poder a que estruturalmente se reduz a situação de prevalência de um interesse sobre o outro que foi conseguida na composição dos interesses.”<sup>106</sup>

Posto isto, retomamos a questão: o direito a ser mãe é um direito subjetivo? Em primeiro lugar, se atentarmos para a fonte deste direito, poderíamos responder afirmativamente. Ser mãe compõe (também, mas não só) o núcleo duro do poder de autodeterminação da mulher. Contudo, parece-nos, que as restantes marcas distintivas desta categoria de direito não se encontram no direito a ser mãe. Vejamos, pois, a questão de obrigação, de dever, a que a outra parte está sujeita. Ser mãe vai impor uma obrigação a quem, seja de *facere* ou de *non facere*? Ao *direito subjetivo*

---

<sup>101</sup> Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, ..., pp. 242- 243.

<sup>102</sup> Rudolph Von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1924, I, 1, pág. 329 APUD Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, agosto 2003, Coimbra Editora, p.176

<sup>103</sup> Friedrich Von SAVIGNY, *Sytem des heutigen römischen Rechts*, I, Aalen, Scientia V., 1973 (reimp., Berlim, 1840), págs. 332 e ss. APUD Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, agosto 2003, p.176.

<sup>104</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit. ..., p.102.

<sup>105</sup> Orlando de CARVALHO, ob. cit. ...., p.103.

<sup>106</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit. ...., p.102.

*propriamente dito*, no lado passivo, corresponde um certo comportamento em ordem à efetivação do direito. O titular ativo do direito tem o «poder de pretender» e o lado passivo tem o «dever jurídico de cumprir».<sup>107</sup> Partindo da posição de que o direito a ser mãe se contextualiza no âmbito do direito geral de personalidade, é sabido que, como direito absoluto que é, tem como corresponsivo um dever geral de abstenção – obrigação passiva universal.<sup>108</sup> Por outro lado, os direitos subjetivos relativos impõem um dever a uma pessoa em concreto, não a todas. Esta questão torna-se ainda mais intrincada e árdua, pois os exemplos de escola que a doutrina cria situam-se, primordialmente, no campo das relações creditórias e patrimoniais; pouco avançam para o domínio familiar (com exceção dos direitos familiares patrimoniais).<sup>109</sup>

Imagine-se o caso de uma mulher casada, no âmbito de um casamento entre pessoas de sexo diferente. A mulher quer ser mãe e tem esse direito. Mas pode esse poder, essa vontade (de que falava SAVIGNY) impor-se ao outro cônjuge, se ele não partilhar esse desejo? Se entendermos que é um direito subjetivo, é absoluto ou relativo? Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA defendem que os direitos familiares pessoais<sup>110</sup> não se enquadram no conceito de direito subjetivo propriamente dito, antes são marcados pela *função* que vão desempenhar e que define o seu conteúdo: “Os direitos familiares pessoais são direitos a que não se ajusta a noção tradicional de direito subjetivo. Não são direitos que o seu titular possa exercer como queira.”<sup>111</sup> São, por conseguinte, poderes funcionais ou poderes-deveres. Como direitos irrenunciáveis e intransmissíveis que são, caracterizam-se pela sua inoponibilidade *erga omnes*, à exceção dos casos previstos nos arts. ° 495.°, n.° 3 e 496.°, n.° 2 do CC.<sup>112</sup> Convém, contudo, perceber que a relação jurídica-civil estabelecida entre ambos (neste caso, o casamento) é geradora de direitos e de obrigações, mas não de imposições ou comandos. Deseja-se que a «plena comunhão de vida»

---

<sup>107</sup> A este respeito, Capelo de SOUSA distingue entre *direitos subjetivos propriamente ditos, plenos e direitos subjetivos propriamente ditos, menos plenos*. Os primeiros permitem que, em caso de incumprimento, o titular possa recorrer à via judicial para obrigar o sujeito passivo a cumprir; já os segundos, não permitem ao seu titular recorrer ao tribunal. Destarte, aos primeiros direitos é-lhes conferido o poder de «poder exigir» e aos segundos o poder de «poder pretender».

<sup>108</sup> Na verdade, a obrigação universal de *respeito* pode não ser passiva, mas antes implicar prestações positivas. Paulo Mota PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos...*, p.475 – 592.

<sup>109</sup> O direito a ser mãe (a ser direito subjetivo) seria um direito subjetivo não dominial, pois a titular não teria disponibilidade sobre o bem (leia-se, sobre a criança que viria a nascer), que é o objeto do seu poder jurídico.

<sup>110</sup> Por oposição aos direitos familiares patrimoniais cujo regime é, na sua essência, dado pelo direito das obrigações, embora sejam influenciados pela inserção dos sujeitos numa relação familiar.

<sup>111</sup> Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, ob. Cit., p.153.

<sup>112</sup> Em sentido diverso, Jorge Duarte PINHEIRO “É correto que as situações jurídicas familiares impõem comportamentos entre membros de uma mesma família, mas essas situações também têm de ser respeitadas por terceiros. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., ..., p.94.

(cf. art.º 1577.º do CC) seja alcançada de livre vontade, livre desejo, mas de comum acordo. Seria um «abuso do direito a ser mãe» impor ao outro cônjuge uma «obrigação» a ser pai.<sup>113</sup>

Equacione-se, agora, o caso das mulheres que não casadas nem em união de facto (solteiras, divorciadas, viúvas), que desejam ser mãe. A quem se vai exigir um comportamento, uma ação, alguma coisa para que este direito se efetive? Ao Estado, através das técnicas de PMA, poder-se-ia dizer, ensaiando uma resposta.<sup>114</sup> Vera Lúcia RAPOSO entende que o direito à reprodução “é um direito a alguma coisa, que no caso é uma prestação negativa por parte do Estado, consubstanciada na não ingerência nas escolhas reprodutivas; mas é também uma prestação positiva, que abrange prestações normativas e de proteção e ainda, eventualmente, prestações económicas.”<sup>115</sup> Nesta sede, acompanhamos, em parte, na sua declaração de voto, o juiz conselheiro Benjamim Rodrigues, no do Ac. TC n.º 101/2009: “Ora, se não existem dúvidas que a Constituição reconhece o direito de ter filhos a quem os pode gerar (art.º 68.º), não vemos que ela reconheça qualquer direito fundamental a quem só os possa obter através da doação de terceiros, dado que *não se trata de uma prestação que o Estado possa reclamar de terceiros ou satisfazer directamente.*”<sup>116</sup> (itálico nosso). Mais recentemente, o Ac. TC n.º 225/2018, partindo das reflexões de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA e de Rui MEDEIROS no Ac. TC n.º 101/2009, problematiza sobre se o direito a ter filhos abarca ainda o direito à inseminação heteróloga e da existência de um direito a procriar cujo único critério seja o do atual avanço tecnológico da técnica. Acaba por concluir que não existe um direito subjetivo a toda e qualquer forma de procriação assistida. É nosso entendimento que a Constituição ao impor ao legislador ordinário que regule a PMA (cf. art.º 67.º, n.º 2 al. e) da CRP) o faça sem discriminações, protegendo os interesses de todas as partes envolvidas. Este direito, à semelhança dos restantes, não é ilimitado e a regulamentação tem de transparecer essas limitações que, na nossa perspetiva, deverão ser do foro médico.<sup>117</sup>

Convém, pois, salientar que o poder que constitui o núcleo do direito subjetivo é um *poder virtual*, advindo de um pensamento abstrato que poderá entrar em rota de colisão com outro

---

<sup>113</sup> Neste domínio, ao equacionarmos tal possibilidade, o pensamento leva-nos para o campo dos direitos potestativos. Trataremos desta questão no capítulo seguinte.

<sup>114</sup> Em França, há um entendimento alargado de que não deve ser o Estado a ajudar financeiramente mulheres saudáveis e sem vida sexual a serem mães. Miguel Oliveira da SILVA, *Eutanásia, Suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, Editorial Caminho, 2017, p. 114.

<sup>115</sup> Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. Cit., ..., p.161.

<sup>116</sup> Ac. TC n.º 101/2009, de 3 de março, Proc. N.º 953/06, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.

<sup>117</sup> Trataremos desta problemática no capítulo III, aquando dos requisitos para o acesso às técnicas de PMA.

direito subjetivo, cujo poder, incide sobre a mesma situação fáctica e tem na sua fonte o mesmo tipo de pensamento e juízo virtual. Se a mulher tem direito a ser mãe, do mesmo modo tem o homem direito a não ser pai. Daí que nos parece ser de concluir que, se o direito subjetivo é o poder de interferir na esfera jurídica de outrem, impondo-lhe um certo comportamento, não será o direito a ser mãe um direito subjetivo, muito menos, um direito subjetivo relativo, apontado ao outro cônjuge, ao outro companheiro ou, menos ainda, ao Estado.<sup>118</sup> Se o direito subjetivo atribui um poder a um e um dever a outro, basta que um destes elementos falte para que não haja vinculação jurídica e, conseqüentemente, não tenhamos direito subjetivo. Como dizem Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA: “A verdade é que há direitos subjetivos e direitos subjetivos.”<sup>119</sup>

Por último, cumpre ainda tratar da segunda modalidade de direito subjetivo – o direito potestativo. Este direito é, de facto, um *verdadeiro poder*, na aceção mais *forte* da palavra, pois “consiste na concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico, por um acto de vontade seu – com ou sem formalidades –, só *per se* ou integrado depois por um acto da autoridade pública (quase sempre por uma decisão judicial), produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inelutavelmente a outra pessoa.”<sup>120</sup> No lado passivo, o dever é substituído pela sujeição. Assim, “Aquele [pessoa] que se encontre numa sujeição, nada pode, sequer, fazer e logo nada deve fazer: apenas lhe cabe, passivamente, aguardar que o titular do direito potestativo actue, ou não, essa posição.”<sup>121</sup> Na verdade, causa bastante estranheza a simples operação mental de equacionar o direito a ser mãe como direito potestativo. Muitos exemplos de escola giram em torno dos direitos reais – direitos das coisas.<sup>122</sup> Referimos já que a pessoa, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser subalternizada ao ponto de ser transformar num instrumento à disposição do livre-arbítrio de outra. No entanto, o conhecimento de experiências passadas demonstra que nem sempre assim foi (tome-se como

---

<sup>118</sup> . “(...) cada direito subjetivo, enquanto proposição integrada num pensado pensamento juridicamente vinculante, exige a averiguação do seu próprio conteúdo e limites, por referência, v.g. ao seu fundamento axiológico-normativo (...)”. Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil* ..., p.198.

<sup>119</sup> Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, p.154.

<sup>120</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob.cit., ..., p.136.

<sup>121</sup> António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, parte geral tomo I, 3ª edição, Lisboa, Almedina, março 2005, p. 358.

<sup>122</sup> “Daqui resulta como primeira consequência que o direito das coisas é a pedra de toque do direito que em certa altura vigora e, mais do que isso, da sociedade em que ele vigora (...). Quer isto dizer que antes de nenhum outro o direito das coisas é expressivo de certa forma de economia e explicativo de uma certa ideologia sendo ao seu nível – mais do que ao do direito das obrigações, ao do direito das sucessões, e até mesmo ao do direito das pessoas e ao do direito de família – que a sociedade civil mostra os seus verdadeiros estigmas e a correspondente organização política, o seu princípio fundamental de estrutura.” Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, novembro 2012, Coimbra, Coimbra Editora, p.21.

exemplo caso da escravatura). Atualmente, é impensável que a pessoa seja reificada ou coisificada. Contudo, Orlando de CARVALHO chama a atenção para os modelos económicos modernos pelos quais se dá aso a uma inversão dos valores desembocando “numa verdadeira multiplicação do número de indivíduos que funcionam, na sua vida quotidiana, como instrumento ou objecto de disposição de outros indivíduos.”<sup>123</sup> O desejo de ser mãe, tal como está esboçado na LPMA, não estará a tocar os limites do direito potestativo?<sup>124</sup>

## **Secção VII – A expetativa jurídica e a faculdade jurídica**

Levantamos igualmente a questão se ser mãe será, quiçá, uma simples expetativa e/ou uma expetativa jurídica. Uma simples expetativa ou expetativa de facto é uma mera esperança ocasional e psicológica de que, no futuro originará um direito, sem lhe ser conferida proteção jurídica.<sup>125</sup> Não é o caso. O desejo de ser mãe e a maternidade, como já vimos, gozam de proteção legal e constitucional. Por seu turno, uma expetativa jurídica implica necessariamente a proteção e tutela da ordem jurídica, sem *ainda* estarmos perante um direito. É sim já uma situação de prevalência, como que uma antecâmara do direito; uma situação intermédia: “uma *proteção legal* durante toda a *pendência* da constituição de um *direito de formação sucessiva*, gradual, que implica a conjunção de dois factos jurídicos separados no tempo.”<sup>126</sup> Já Menezes CORDEIRO entende que uma expetativa jurídica carece de um “sentido útil próprio, diferente do do direito subjetivo.”<sup>127</sup> Entende que o direito (futuro) é ainda *iura in fiere* – teoria da formação progressiva dos direitos – direito que está em formação: “desde que se inicie esse processo, o beneficiário tem uma esperança (*spes iuris*) crescente de, no seu termo, ver constituir um direito ou vantagem similar.”<sup>128</sup> Há também outro entendimento possível, segundo o qual o direito está formado (é um direito perfeito), mas a sua titularidade está ainda indefinida.<sup>129</sup> No que toca às faculdades, alerta-nos Menezes CORDEIRO para a pouca precisão na definição de conceitos que se denota neste campo – confundindo-se, frequentemente, os conceitos de poder e faculdade – abrindo-se, assim, a porta à desorganização linguística e técnica. Porquanto, Menezes CORDEIRO avança

---

<sup>123</sup> Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, ob. cit., ..., p. 81.

<sup>124</sup> Abordaremos esta questão no capítulo III.

<sup>125</sup> Assim, Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit. ..., p.237.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>127</sup> António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, ob. Cit., ..., p. 238.

<sup>128</sup> *Ibidem*. No mesmo sentido, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob.cit., ..., p.145.

<sup>129</sup> A esta posição, pode-se apontar algumas críticas, desde logo a titularidade de um direito não se confunde com a sua morfologia e estrutura. Assim, Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob.cit., ..., pp.145 e 146.

com um significado autónomo de faculdade que assenta “num conjunto de poderes ou de outras posições activas, unificado numa designação comum.”<sup>130</sup> Orlando de CARVALHO apelida-as de “faculdades jurídicas primárias” porque são, na verdade “um *prius* dos direitos subjetivos”<sup>131</sup>, ao exemplificar com o poder de casar e o poder de perfilhar que, como extensão que são do “poder de autodeterminação jurisdicção”, antecedem a própria relação jurídica que irá nascer; nestes casos, a relação matrimonial e a relação de filiação. Este autor distingue ainda as faculdades jurídicas secundárias que, ao contrário das primárias, aparecem já depois da relação jurídica ter sido constituída; são um *posterius* lógico do direito subjetivo.<sup>132</sup> Parece-nos, portanto, de equacionar o enquadramento do desejo de uma mulher que aspira à maternidade, como uma faculdade jurídica primária, na medida em que vai originar o *direito ao exercício da maternidade*.

## **Secção VIII – Os direitos familiares pessoais**

Neste domínio tão especial que é o direito da Família, todo o jurista deve atender à sua especificidade. A doutrina caracteriza este ramo jurídico como parte integrante do direito civil, ainda que o seu *objeto* lhe consagre uma certa individualidade.<sup>133</sup> No entanto, não se deve descurar que a natureza dos *direitos da família* e dos *direitos dos seus membros* não pode ser transposta, *ipsis verbis*, da teoria geral do direito civil, para os restantes subdomínios. O jurista tem de ter um diapásão afinado num tom diferente.

Nesta sede, parece-nos pertinente trazer à colação a distinção entre direitos pessoais originários e direitos pessoais derivados. Os primeiros são atribuídos ao seu titular de forma direta (como por exemplo, o direito a estabelecer a filiação) enquanto os segundos são atribuídos em função de direitos de outrem, que implicam um dever por parte do titular do direito derivado: é o caso dos deveres conjugais.<sup>134</sup> Relativamente aos direitos familiares pessoais, a doutrina divide-se no momento da sua caracterização como direitos absolutos ou relativos. *Supra*, já referimos que Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA entendem estes direitos como poderes-deveres ou poderes funcionais, cujo exercício se submete ao fim para que foram atribuídos. “O seu titular é

---

<sup>130</sup> António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, ob. cit., ..., p. 345.

<sup>131</sup> Orlando de CARVALHO, ob. Cit., p. 142.

<sup>132</sup> Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., ..., p.143.

<sup>133</sup> Assim, João de Matos Antunes VARELA, *Direito da família*, 5ª edição, 1.º volume, Lisboa, fevereiro 1999, Livraria Petrony, Lda., pp.17 a 22 e Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, ob. cit., ..., p.143.

<sup>134</sup> Acompanhando Miguel Teixeira de SOUSA, “Do direito da família aos direitos familiares” in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 569



obrigado a exercê-los; e é obrigado a exercê-los de certo modo, do modo que for exigido pela função do direito, pelo interesse que ele serve.”<sup>135</sup> Já Jorge Duarte PINHEIRO defende que “o caráter *erga omnes* das situações jurídicas familiares, que é inerente ao *status familiae*, não se harmoniza com a atipicidade das mesmas: os terceiros devem estar em condições de saber com segurança quais os domínios em que lhes é vedado interferir.”<sup>136</sup> Tomando como exemplo o direito do cônjuge à fidelidade do outro, do direito ao respeito entre pais e filhos; entende Jorge Duarte PINHEIRO que por força do seu caráter *erga omnes*, os terceiros estão obrigados a não contribuir, por exemplo, para o incumprimento do dever de fidelidade. Poderá a mulher exigir ser mãe ao seu cônjuge? Entendemos que não. Estamos cientes das recentes linhas evolutivas do Direito da Família pelas quais se operou a “deslocação do ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e comunitários.”<sup>137</sup> Se as posições jurídicas familiares eram assumidas por cada um dos membros da comunidade familiar, numa ideia de “especialização de funções e de complementaridade das mesmas, em prol do bem comunitário”<sup>138</sup>, a partir da segunda metade do século XX, assiste-se a uma paulatina promoção dos direitos e das vontades de cada membro, por si e para si.

---

<sup>135</sup> Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, ob. cit., ..., p. 152.

<sup>136</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, *Direito da família e das sucessões*, volume I, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2005, p.68.

<sup>137</sup> Rute Teixeira PEDRO, “A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – A emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família”, in *Pessoa, direito e direitos*, 2017, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 335 – 365.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

### Capítulo III – Reflexões ético-jurídicas sobre a LPMA

#### Secção I – O alargamento subjetivo na LPMA: o esboço de um direito potestativo

Em termos ético-jurídicos (pois “uma boa parte dos preceitos do direito – é preciso acrescentar – se acham como que carregados já duma substância de eticidade, de valores éticos”<sup>139</sup>) a questão central desta problemática está no confronto entre a tutela da autonomia da mulher e do direito geral de personalidade, no qual se insere a faculdade de ser mãe e os direitos da criança que irá nascer, como o direito ao conhecimento das origens genéticas, o direito a ter um pai assim como das modificações que tal implica ao nível da antropologia e sociologia. Duvidamos se esta faculdade da mulher em ser mãe não terá sofrido, com a alteração legislativa de 2016, uma metamorfose estrutural de modo a que estejamos perante um direito potestativo. No capítulo II, caracterizámos o direito potestativo que, genericamente, implica, do lado ativo, um poder (que pode ser um ato de vontade do titular *per se* ou integrado por um ato de autoridade pública), e do lado passivo uma total sujeição, o mesmo significa, uma atitude de conformismo, como que uma inércia juridicamente imposta.

Foquemos a atenção no caso das mulheres saudáveis, sem qualquer patologia reprodutiva ou em situação de perigo de transmissão de doença grave para o feto e que desejam ser mães, através de técnicas de PMA, como por exemplo, através da inseminação heteróloga.<sup>140</sup> Pensamos em todas as mulheres: solteiras, casadas ou em união de facto. Aqui, não se cura problema algum. A inseminação heteróloga não é tratamento, mas sim uma pura substituição.<sup>141</sup> Esta asserção feita por Oliveira ASCENSÃO enquadra-se no contexto anterior às alterações legislativas de 2016, em que a PMA era verdadeiramente um método subsidiário de procriação e cujo critério de acesso era médico e não simplesmente volitivo. Desde a entrada em vigor da Lei n.º 17/2016, o foco das atenções aponta para a tutela da liberdade e autonomia da mulher que quer ser mãe e, quanto ao filho que vai nascer, os projetos de lei são omissos, denotando-se, *ab initio*, uma assimetria na ponderação dos interesses e direitos de todas as partes envolvidas.

---

<sup>139</sup> L. Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, volume 2º, 1ª edição reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, julho 2006, p. 293.

<sup>140</sup> Note-se que a única técnica possível para a obtenção de uma gravidez de mulher solteira é a inseminação artificial heteróloga, ou seja, por doação de material genético masculino de um terceiro. De acordo com o art.º 5.º n.º 1 do Decreto Regulamentar n.º 6/2016 “deve privilegiar-se a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica de PMA.”

<sup>141</sup> A procriação heteróloga é tratamento? Aí não se supera uma situação de doença dum potencial genitor, substitui-se”, nas palavras de José de Oliveira ASCENSÃO, “A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, *in Estudos de Direito da Bioética*, ob.cit.,..., pp. 25 – 50.

Esta tendência individualista, onde parece que o direito a ser mãe, tal como a LPMA pretende tratá-lo, vem, perigosamente, marcar e demarcar, muito profundamente, uma das últimas tendências do direito da família: a sobrevalorização do *eu*, em detrimento dos *nós*; a supremacia do desejo individual, absolutizado e que, em caso algum, pode ceder perante o *bem comum da família*, ou ainda perante os direitos do filho que vai nascer. Recai sobre este ramo do direito civil uma espécie de “individualismo institucionalizado” o que, nas palavras de Miguel Teixeira de SOUSA suscita, pelos menos de alguns quadrantes sociais e políticos, uma atitude abstencionista, por parte deste ramo do direito.<sup>142</sup>

Deste modo, surge a complexa questão: a LPMA ao permitir que todas as mulheres possam ser mães, independentemente do contexto familiar que tenham, do seu estado de saúde físico-psicológico, da sua orientação sexual, fazendo da sua *vontade*, alicerçada numa compreensão ampla da sua autonomia privada e direito de autodeterminação, como o único critério de acesso à PMA, transforma ou não esta faculdade jurídica, como potencialidade que é em ser mãe, num direito potestativo? Inclina-mo-nos para uma resposta afirmativa.

Ainda que tal constatação nos seja difícil de aceitar, todas estas novas alterações legislativas levam a concluir que na afirmação do direito a ser mãe encontra-se sub-repticiamente a real (no sentido de dominial) pretensão de ter um filho. Há, portanto, uma remissão para o mundo da coisa, da *res*, pelo que metaforicamente se poderia falar no direito à coisa, no direito a um filho. Nesta linha, avivamos as ainda atuais conclusões do Parecer 3/CNE/93, no qual se alerta fortemente para o perigo narcisista e egoísta de querer ter filhos, como emanção de um desejo insaciável e incontrolável. Uma ânsia que ultrapassa tudo e todos, incluindo aquele que vai nascer.<sup>143</sup>

Nesta mesma linha de pensamento, enfileiram outros ordenamentos jurídicos que mantêm firmemente a subsidiariedade dos métodos de PMA, tal como a lei portuguesa mantinha até às alterações legislativas de 2016. França é um dos países onde as técnicas de PMA apenas podem ser aplicadas em benefício de casais heterossexuais, em idade de procriar e que seja igualmente

---

<sup>142</sup> Miguel Teixeira de SOUSA, “Do direito da família aos direitos familiares”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 554 – 572.

<sup>143</sup> Parece-nos pertinente trazer à colação a pergunta feita por José de Melo ALEXANDRINO, a propósito da «hipotética» existência de um princípio *in dubio pro puero*: “Será que se pode também falar, em matéria de direitos das crianças, da existência de uma regra similar: *um in dubio pro puero*? Não será essa afinal a verdadeira natureza do princípio do “interesse superior da criança”? *Os direitos das crianças – linhas para uma construção unitária* in <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/> consultado a 27/07/2018.

diagnosticado ao casal (ou a um dos seus membros), uma situação de infertilidade ou que se encontrem em circunstâncias de perigo grave de transmissão de doença para o feto – lei n.º 2004-800, de 6 de agosto de 2004, atualizada pela lei de bioética n.º 2011-814, de 7 de julho de 2011.<sup>144</sup> Recusa-se a ideia de dissociação entre a sexualidade e a procriação de forma a evitar um certo tipo de «reivindicação à criança».<sup>145</sup>

Paradoxalmente, em vez de se promover políticas efetivas para uma maternidade consciente, persegue-se uma maternidade alicerçada no desejo absolutizado não de se *ser mãe*, mas sim no de se *ter filhos*. “E, concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso à maternidade, sublinhe-se que o direito de procriar está sujeito a limites intrínsecos, que correspondem ao fim do direito, fim que não é meramente egoísta nem imediatista.”<sup>146</sup> Por muito nobre e belo que seja (e é-o, de facto) o desejo de uma mulher querer ser mãe e que, vendo-se numa circunstância na qual a procriação natural não seja faticamente possível, não pode tal desejo, a nosso ver, servir de fundamento para a ordem jurídica aplicar os mesmos meios de tutela e de promoção da maternidade que estavam em vigor até 2016 previstos para os casos de infertilidade ou de transmissão de doença grave ou infecciosa para o feto – que são, a nosso ver, as razões que devem presidir e fundamentar todo o regime da PMA.

Ao longo do nosso estudo, refletimos também sobre a possibilidade de a lei tratar de um novo tipo de esterilidade: a *esterilidade social*.<sup>147</sup> A impossibilidade fática de ter filhos pode surtir efeitos ao nível da saúde mental da mulher e, por isso, justifica o enorme desgosto e a procura incessante por realizar tal sonho.<sup>148</sup> Se, para muitos, a vida é um dom, então não será o cálculo nem da técnica, da engenharia, da mecânica nem da medicina que deverá, *tout court*, originar um nascimento. Sem dúvida que, na sua base, existe um desejo que vai converter-se em decisão. Mas não se reduz a essa dimensão volitiva. Há, por força da natureza, um elemento que transcende a própria pessoa e, por mais que a sociedade hodierna em que se vive, muna o Homem com um

---

<sup>144</sup> Atualmente, encontra-se em discussão no parlamento francês, o alargamento das técnicas de PMA às mulheres solteiras e aos casais de mulheres. “PMA pour toutes”, é o nome da campanha nacional. Foi um dos pontos da campanha eleitoral do atual Presidente da República francês, Emmanuel Macron. [http://www.liberation.fr/france/2018/07/18/le-gouvernement-reprend-la-main-sur-la-pma-pour-toutes\\_1667394](http://www.liberation.fr/france/2018/07/18/le-gouvernement-reprend-la-main-sur-la-pma-pour-toutes_1667394)

<sup>145</sup> “La dissociation entre procréation et sexualité a fait naître une revendication d’un «droit à l’enfant» que la société française refuse de consacrer et qui se situe au cœur de l’antagonisme contemporain entre l’individualisme et le social.” – Revue internationale interdisciplinaire n° 51 / 2006; Droit de la filiation et procréation médicalisée: une coexistence difficile, Marie – France Nicolas-Maguin in <https://journals.openedition.org/droitcultures/861>.

<sup>146</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, “Mãe portadora - a problemática da maternidade de substituição”, In *Estudos de Direito da Bioética* ..., pp.323 a 344.

<sup>147</sup> A esta realidade em que “nenhum dos parceiros é infértil quando isoladamente considerado, mas que em conjunto são incapazes de procriar”, Vera Lúcia RAPOSO apelida de “infertilidade relacional.” in Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. cit., ..., p.169.

<sup>148</sup> Assim, Miguel Oliveira da SILVA, ob.cit., p. 139.

poder técnico nunca antes visto, nunca estará verdadeiramente preparado(a) nem qualificado(a) para assumir a paternidade ou a maternidade. Poder-se-ia argumentar dizendo que na procriação natural, muitas vezes sucede que os progenitores não querem ser pais ou que, comparados com estes pais ou estas mães que querem, efetivamente assumir este novo papel, estão menos preparados – a denominada filiação assente numa «verdade intencional, uma pura verdade do querer».<sup>149</sup> É verdade. Mas como o Direito vai beber à realidade da vida, torna-se insuficiente basear a construção de uma família, de um projeto parental apenas na vontade e no desejo, por muito imprescindíveis que sejam, porque o são, de facto. Tratar destas matérias é tão complexo quanto “o homem é um ser complexíssimo”, diz Cabral de MONCADA.<sup>150</sup> Gerar uma pessoa não é só facilitar e agrupar dois códigos genéticos para assim se formar um novo ser. A pessoa humana é um todo, tem corpo e alma; define-se pelo biológico, pelo psíquico e pela sua necessidade gregária, sendo que as várias dimensões nela interagem.<sup>151</sup>

Posto isto, ficamos com dúvidas quanto à salvaguarda dos interesses e direitos da criança que vier a nascer, fruto destas técnicas, cujas beneficiárias sejam, ou mulheres sem companheiro(a) (solteiras, divorciadas ou viúvas), casais de mulheres, ou ainda mulheres cujo companheiro ou cônjuge (com um acentuar da gravidade neste último caso) decidem iniciar o seu projeto de maternidade, fora de um contexto de alteridade e de diferenciação de género. “O direito a procriar das pessoas com orientação homossexual esbarra com a impossibilidade de, no plano dos factos, duas pessoas do mesmo sexo, gerarem um filho em conjunto. Não está em causa o reconhecimento do direito das pessoas a viver livre e plenamente de acordo com as suas escolhas no plano da sexualidade; contudo, no caso das pessoas com orientação homossexual, dessa opção decorrerá que se absterão de ter relações sexuais com pessoas do sexo diferente o que lhe impossibilita, de facto, a geração de filhos.”<sup>152</sup> Se ser mãe é, a nosso ver, uma projecção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e se a própria personalidade reclama de outras personalidades, como diz Cabral de MONCADA “o *Eu* pressupõe e reclama o *Outro*: o *ego*, o *alter*”<sup>153</sup>, que tutela se presta aos direitos dos nascituros? A pessoa não é apenas um centro de

---

<sup>149</sup> Neste sentido, Rute Teixeira PEDRO, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamentem assistida”, in *Debatendo procriação medicamentem assistida*, investigadores responsáveis Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, FDUP/CIJE, pp.149 – 167.

<sup>150</sup> MONCADA, L. *Filosofia do Direito e do Estado*, ob.cit.,..., p.87.

<sup>151</sup> Ibidem.

<sup>152</sup> Rita Lobo XAVIER, “O impacto da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual nas leis relativas à família”, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coordenação Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Almedina, maio 2016, pp. 841-860.

<sup>153</sup> Diogo Leite CAMPOS, *Nós - Estudos sobre o direito das pessoas*, ob. cit., ..., p.39.

imputação de direitos; tem também os correlativos deveres que, no caso da filiação, são dotados de uma especial tarefa e dever de cumprimento, por parte dos pais para com os filhos.<sup>154</sup> Sem esquecer que o fenómeno reprodutivo é, inevitavelmente relacional e compartilhado.<sup>155</sup>

Parece-nos que, nesta sede, o problema deixa de colocar-se apenas ao nível do Direito, enquanto ordem normativa, para extravasar o seu domínio para confrontar e fazer perigar com a matriz antropológica da pessoa humana. A técnica, ao contrário do que é proclamado, em vez de alargar e, por conseguinte, permitir uma heterogeneidade salutar, parece promover uma humanidade homogénea e unidimensional, ancorada na autossuficiência e “onde «tudo» é privado, «tudo» é deixado ao desejo individual.”<sup>156</sup> Terá o *Direito* dado lugar aos *direitos*?

## **Secção II – A Procriação Medicamente Assistida e a Adoção**

Todas as linhas de reflexão que temos apresentado em torno da LPMA conduzem-nos à análise do regime da adoção, numa perspetiva comparativa, atendendo à similitude de bens jurídicos em causa. A mesma mulher, se decidir adotar em vez de recorrer à PMA, será alvo de um escrutínio rigoroso e de uma permanente avaliação. Um dos *prius* fundamentais à constituição do vínculo de adoção é a elaboração de “um juízo de prognose favorável de compatibilização entre as suas capacidades [do(s) candidato(s) a adotante(s)] e as necessidades da criança”, que integra a segunda fase do processo de adoção – a fase de ajustamento, prevista nos arts. ° 48.° a 51.° do RJPA. Sem esquecer, evidentemente, que para adotar, é exigida a intervenção de um órgão de soberania (art.° 202.°, n.° 1 CRP), já que a adoção só é decretada mediante uma decisão judicial nesse sentido.<sup>157</sup> Se o direito a ser mãe deve ser «impulsionado» tal como o está a ser na LPMA, afirmando-se como um direito de todas as mulheres independentemente de circunstâncias que, no pensamento do legislador, já não devem consubstanciar uma restrição de acesso às mesmas, por que motivo deverá uma mulher ser tratada, no âmbito de um desejo pessoal igualmente belo e nobre, em ser mãe e construir a sua família, de maneira diferente, caso decida adotar?<sup>158</sup> O direito não será o mesmo? O chapéu alargado que é a autonomia privada da mulher não é a mesma? Porquê tanta formalidade e complexidade num processo? Se no âmbito da adoção é feita

---

<sup>154</sup> Os chamados poderes-deveres ou responsabilidades parentais.

<sup>155</sup> Não seguimos a linha de pensamento de Vera Lúcia RAPOSO que defende que o direito à reprodução se trata de um direito “essencialmente individual”. In Vera Lúcia RAPOSO, *O Direito à Imortalidade*, ob. Cit., ..., p. 728.

<sup>156</sup> Diogo Leite de CAMPOS, *Nós Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, março 2004, p.146.

<sup>157</sup> Nos termos do art.° 40.° al. c) do RJPA: “O processo de adoção, nos termos em que é definido na alínea c) do artigo 2.°, é constituído pelas seguintes fases: c) Fase final, que integra a tramitação judicial do processo de adoção com vista à prolação de sentença que decida da constituição do vínculo.”

<sup>158</sup> Neste sentido, Rute Teixeira PEDRO, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamentem assistida”, ob. cit.,..., pp.149 – 167.

uma avaliação dos candidatos a adotantes, se é necessária, na derradeira fase do processo, uma decisão de um órgão de soberania para decretar o vínculo adotivo, não podemos, pelo menos equacionar, que nos casos que extrapolem a patologia médica de infertilidade e perigo de transmissão de doença para o feto, deva haver também «um juízo de prognose» em relação à criança, ao seu desenvolvimento integral e, *maxime*, para aferir se o superior interesse da criança é respeitado? Pensemos em que ambiente familiar crescerá uma criança, fruto de uma decisão singular, autónoma e livre da mãe, em recorrer às técnicas de PMA, contra a vontade do seu cônjuge. Articulando o art.º 4.º, n.º 3 e o art.º 6, n.º 1 da LPMA, uma mulher casada e saudável, querendo, pode engravidar e, consequentemente, ser mãe – aqui encontra-se, talvez, o expoente máximo da tutela da autonomia e autodeterminação da mulher. A recusa em querer participar no processo médico de aplicação das técnicas, implica não só que o outro cônjuge não seja considerado «beneficiário», e que não se estabeleça qualquer vínculo jurídico de filiação, mas é sobretudo um potencial ponto de rutura da relação matrimonial. Esta poderá ser, muito provavelmente, a situação mais crítica e problemática que este alargamento subjetivo pode provocar. Por isso, entendemos que, *de iure constituto*, será, certamente, um assunto que o legislador terá de reestudar e, prudentemente, tomar uma posição, até para a boa compatibilização e manutenção da sistemática do ordenamento jurídico.

### **Secção III – Os direitos da criança e alguns contributos jurisprudenciais, em especial o Ac. TC n.º 225/2018**

#### **Subsecção I – O direito a ter pai**

A alteração introduzida no art.º 6.º, n.º 1 da LPMA, tal como refere o Ac. TC n.º 228/2015, é o fundamento exclusivo para a constituição de famílias monoparentais com recurso às técnicas de PMA. Mesmo não tendo este Tribunal emitido um juízo de constitucionalidade sobre este particular aspeto, por não ter integrado o pedido de fiscalização apresentado pelos requerentes, afigura-se igualmente importante dilucidar sobre a consequência imediata da aplicação deste preceito que é, na prática, a criança ser juridicamente considerada filha apenas da mulher que se submeteu ao processo de PMA,<sup>159</sup> com a agravante da conjugação dos arts.º 14.º e 20.º, n.º1 da

---

<sup>159</sup> Acrescente-se, ainda, que com a exclusão da paternidade do dador assim como da possibilidade de impugnação da presunção da paternidade do marido, no caso da mulher casada, prevista no art.º 1826.º do CC, pois não consentiu nesse sentido. Assim, a criança fica apenas com a filiação materna estabelecida.

LPMA, vedar a abertura de ulterior processo oficioso de averiguação da paternidade, caso apenas uma pessoa, leia-se uma mulher, se tenha submetido às técnicas de PMA.

O filho tem ou não tem direito a ter um pai? Nesta sede, afiguram-se de extrema importância os contributos dados pela jurisprudência, embora sem unanimidade nas decisões. Os tribunais foram já, por diversas vezes, chamados a decidir sobre pedidos de indemnização por danos não patrimoniais sofridos pelos nascituros, por morte do pai. Embora a questão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais esteja consolidada no nosso ordenamento jurídico<sup>160</sup>, no que toca ao funcionamento do instituto da responsabilidade civil, quanto ao reconhecimento de danos não patrimoniais, nomeadamente, da privação da figura paterna – em consequência da morte do progenitor por ato ilícito de terceiro – ao filho ainda nascituro, tanto a doutrina como a jurisprudência se dividem: “Uma das questões que vem sendo colocada, nas últimas décadas, é a de saber se o momento da produção de danos não patrimoniais compensáveis tem que se situar dentro dos limites temporais em que se encontra confinada, juridicamente, a personalidade.”<sup>161</sup> Ambos os entendimentos, no sentido do reconhecimento ou não desse direito, partem do preceito do art.º 66.º, n.º 2 do CC que faz depender o reconhecimento dos direitos do nascituro da ocorrência do seu nascimento completo e com vida. Em sentido negativo, o Ac. STJ, proc. n.º 08A2124, (relator Hélder ROQUE,) de 17/02/2009, entendeu que o nascituro não é titular originário de um direito de indemnização, por danos não patrimoniais, provenientes da morte de seu pai, em consequência de facto ilícito ocorrido antes do seu nascimento, ocasião em que aquele, ainda nascituro, não estava em condições de adquirir esse direito, por não dispor de personalidade jurídica.<sup>162</sup> Por seu turno, o STA, no proc. n.º 01485/14, (relatora Maria do Céu NEVES), entendeu que o legislador, ao consagrar no art.º 496.º do CC, que por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe aos filhos, não distinguiu consoante se trate de filhos já nascidos à data da morte do pai, ou filhos já concebidos, mas só nascidos em data posterior. É que, por um lado, o legislador não podia ignorar que os danos morais decorrentes da morte do pai são precisamente *iguais* para o filho que nasceu um dia antes desse óbito ou para

---

<sup>160</sup> Assim, Rute Teixeira PEDRO, “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, volume II, Almedina, novembro 2017pp. 681 – 712.

<sup>161</sup> Rute Teixeira PEDRO, “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, ob. Cit., ..., p.691.

<sup>162</sup>Disponível in

<http://www.dgsi.pt/JSTJ.NSF/954F0CE6AD9DD8B980256B5F003FA814/3A877A2AEF1BD0CE8025756F00567079?OPENDOCUMENT> (consultado a 20/08/2018).



o que nasceu um dia depois dele, pelo que desta igualdade *não deveriam brotar efeitos jurídicos distintos*. “Nesta interpretação, é para nós inequívoco que um nascituro (*strito sensu*) adquiere retroactivamente todos os direitos que pertençam ou sejam reconhecidos ao filho biológico, a partir do seu nascimento completo e com vida.”<sup>163</sup>

Sufragamos o entendimento deste tribunal ao reconhecer os danos não patrimoniais do nascituro em virtude da ausência definitiva do seu progenitor, pelo que também o nascituro, fruto de técnicas de PMA, nomeadamente, de procriação heteróloga, tem o direito a ter um pai.<sup>164</sup> “Com efeito, se a tendência era a do estabelecimento da parentalidade, da criação de mecanismos em ordem à luta contra o flagelo da filiação anónima, alguns dos quais levados a cabo oficiosamente, esta norma contradiz todas aquelas considerações, antevendo-se o renascer de filhos “sem pai” ou “filhos de pai anónimo.”<sup>165</sup>

Do mesmo passo, afirma-se como um marco cabal no estudo destas matérias da filiação, o recente acórdão Ac. TC n.º 225/2018. A decisão deste Tribunal (*suprarreferida*) que declarou a inconstitucionalidade de algumas normas da LPMA, fundamentou-se na violação de direitos da criança nomeadamente do direito à identidade pessoal<sup>166</sup> e ao desenvolvimento da personalidade em virtude de uma restrição desnecessária dos mesmos.

## **Subsecção II – O direito à identidade pessoal e o anonimato do dador**

Como já referimos, a única técnica possível para a efetivação deste alargamento subjetivo é a inseminação artificial, com material genético doado – procriação artificial heteróloga.

Se a criança tem direito a ter um pai, como nos parece que tem, então a regra do anonimato não poderia vigorar no nosso ordenamento jurídico<sup>167</sup>, pois recaindo uma obrigação de sigilo sobre todos os intervenientes, apenas com a revelação da mãe, no caso de projeto parental feminino singular, então apenas com a revelação das mães ou dos pais, no caso de um projeto parental em

---

<sup>163</sup>Disponível in <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf//18b2781a139e69ba80257fe80046fd4b?OpenDocument&ExpandSection=1> (consultado a 20/08/2018).

<sup>164</sup>No mesmo sentido, o Ac. TC n.º 346/2015, onde se reconhece o direito do filho ao estabelecimento do vínculo jurídico da paternidade, em correspondência com a verdade biológica, afirmando-se, por conseguinte, a incompatibilidade reconhecimento da autodeterminação parental neste domínio. Disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150346.html?impressao=1> (consultado a 22/08/2018).

<sup>165</sup> André Gonçalo Dias PEREIRA, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, in *Debatendo procriação medicamente assistida - Actas do seminário internacional*, investigadores responsáveis Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, pp. 41 – 54.

<sup>166</sup>Não ignoramos que o direito ao conhecimento das origens genéticas (nomeadamente conhecendo a identidade da pessoa a quem pertence o material genético usado na sua geração) não se confunde com o direito ao estabelecimento da filiação em relação à pessoa a que pertence esse material genético.

<sup>167</sup>Remetemos para a nota anterior.

casal, é que a criança tomaria conhecimento do modo como foi gerada. Apenas perante “razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial” o mesmo é dizer, deixar a efetivação deste direito ao juízo da discricionariedade judicial – n.º 4 do art.º 15.º da LPMA – é que o interessado poderia obter algumas informações sobre o seu progenitor. O n.º 2 do referido artigo permitia também o acesso a informações do foro genético, com exclusão do conhecimento da identidade do dador.<sup>168</sup> O Tribunal analisou o conflito de direitos que aqui se coloca: se, por um lado, há o interesse dos mãe ou dos pais em manter a paz e tranquilidade familiares e, acima de tudo, o interesse em evitar “o surgimento de relações de paternidade e maternidade [no caso da gestação de substituição] despidas de um projeto real de assunção dessas mesmas relações”, por outro lado, o filho encabeça o direito a conhecer a sua própria história, que abarca uma dimensão genética e biológica; tem direito a conhecer o seu perfil biográfico, desde o seu primeiro momento de vida. Há, no fundo, um direito à verdade sobre si próprio, sobre quem é enquanto ser, enquanto pessoa, “enquanto ser em devir”, como diz Orlando de CARVALHO. Neste sentido, João CAUPERS, na sua declaração de voto, é assertivo ao afirmar que “a conceção de uma criança sem pai é tão absurda como a de uma criança sem mãe. (...) Na verdade, independentemente de a nossa Constituição poder suportar vários tipos de família, resulta claro do n.º 1 do art.º 68.º que todos os filhos têm mãe e pai (...), evidência que a Constituição se limita a reconhecer e proclamar.” Já Joana Fernandes COSTA, também na sua declaração de voto, fala num “direito potestativo ao conhecimento das origens”, sendo imprescindível para a autodefinição da própria pessoa. No entanto, despontaram outros entendimentos. Refira-se, exemplificativamente, a posição de Catarina Sarmento e CASTRO, parcialmente vencida nesta questão, entende que “a invocação do direito à historicidade pessoal por quem foi gerado com recurso a PMA *carece de densidade suficiente* que possa justificar a sua proteção a todo o custo. O direito à identidade pessoal daquele que foi gerado com recurso a PMA, que o Acórdão protege, degrada-se num *mero direito à curiosidade*.” Afirma ainda que “A doação anónima não tem história que o relacione com quem vem a ser gerado. É um contributo fundamentalmente biológico, assente na técnica, ausente de relacionamento social. Por isso, quem é gerado *não tem de saber* a identidade de quem doa.” (itálico nosso). Perfilhando o mesmo entendimento, também Maria Clara SOTTOMAYOR defende que “a legislação atual, que permite à pessoa concebida por PMA heteróloga, o conhecimento da identidade do dador através da demonstração judicial de razões ponderosas e o acesso à informação de natureza genética do dador, se situa dentro da margem de conformação

---

<sup>168</sup> São estes mecanismos que permitiam apelidar o sistema português de anonimato como *sistema mitigado*.

do legislador (...).” O tribunal decidiu, por fim, em declarar a inconstitucionalidade do n.º 1 e do n.º 4 do art.º 15.º da LPMA, pondo termo à obrigação de sigilo absoluto em relação às pessoas nascidas em consequência de PMA, por doação de gâmetas ou embriões, incluindo a gestação de substituição.<sup>169</sup>

#### **Secção IV – A PMA como um método subsidiário ou alternativo de procriação**

A redação das normas constantes dos arts.º 4.º em sintonia com o art.º 6.º, n.º 1 da LPMA apresenta uma contradição atroz entre o *corpus* e o *animus*. Numa primeira fase, a LPMA consagra, limpidamente, a subsidiariedade destes métodos (terapêuticos) como uma das pedras basais da aplicação destas técnicas (n.º 1 do art.º 4.º LPMA). O n.º 2 concretiza quais as situações, *in casu*, que preenchem o conceito de subsidiariedade. O n.º 3, por seu turno, destrona a subsidiariedade, pois extrapola as situações enumeradas no número anterior. Nunca o adjetivo modal “independentemente” foi tão bem usado para dar uma ideia de descontinuidade e de quebra com a realidade anterior.

Como deve o jurista interpretar a lei, na qual está patente esta incongruência?

De acordo com o art.º 9.º, n.º 1 do CC, deve o intérprete-aplicador partir do texto da lei para reconstruir o pensamento legislativo, “tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”, ciente ainda de que não pode alcançar um certo pensamento legislativo que “não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal” – n.º 2 do art.º 9.º CC – e presumindo “que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” – n.º 3 do art.º 9.º CC. “Quer isto dizer que não podemos com ligeireza afirmar que há uma infelicidade de expressão. Devemos partir do princípio de que o texto exprime o que é natural que as palavras expressem, pelo que se pode afirmar que o entendimento literal será

---

<sup>169</sup> Importa ainda fazer uma breve menção ao princípio da proporcionalidade, nomeadamente em saber se os direitos do filho estariam a ser restringidos com violação deste princípio, cuja consagração constitucional encontramos no art.º 18.º, n.º 2 da CRP. Neste sentido, Maria Clara SOTTOMAYOR, na sua declaração de voto, tece considerações sobre esta matéria. No seu entendimento, a solução legal em vigor conseguia um bom equilíbrio entre os direitos do filho, nomeadamente, o direito a conhecer as suas origens com o direito a constituir família “que não ultrapassava uma ideia de justa medida, limitando-se ao estritamente necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos e contendo-se na estrita medida das exigências destes. Entende, na esteira do Ac. TC n.º 101/2009 que o direito ao conhecimento das origens genéticas tem uma extensão variável consoante seja sindicado ora no campo da adoção, na doação de material genético na PMA ou ainda no âmbito das ações de investigação da paternidade. Refere que no âmbito da adoção, apenas uma pequena minoria deseja conhecer os seus progenitores biológicos e quanto às técnicas de PMA, sem prejuízo de um primeiro ocultamento da realidade da conceção da criança, “o ambiente cultural tende a evoluir e a atingir-se um estágio em que as técnicas de reprodução assistida ficam inscritas na consciência coletiva como naturais”.

tendencialmente aquele que virá a ser aceite.”<sup>170</sup> Mas parece-nos insanável a contradição literal entre o texto do art.º 4.º em conjugação com o art.º 6.º n.º 1 LPMA, pois avançam em sentidos diferentes. Posto isto, temos de trazer à colação os elementos sistemático, histórico e teleológico da função interpretativa.

O *elemento sistemático* implica que o intérprete-aplicador tome em consideração a “unidade do sistema jurídico” – art.º 9.º, n.º 1 CC. Por seu turno, este elemento pode estabelecer entre os preceitos em análise um de três tipos de relação: *subordinação*, *conexão* ou *analogia*.<sup>171</sup> O primeiro relaciona o preceito em estudo com os princípios gerais do sistema jurídico numa tentativa de apurar qual o grau de influência destes na norma em análise. Aqui, releva o princípio da interpretação conforme com a Constituição. Em segundo, pela via da *conexão*, procede-se ao enquadramento do preceito no texto legal: “nenhum preceito pode ser interpretado isoladamente do contexto. (...) Atender ao contexto é *situar* uma disposição.”<sup>172</sup> Tal exercício implica uma leitura global da fonte em que está inserido. Por último, a *analogia* consiste na procura de pontos de convergência e de semelhança entre preceitos, independentemente das respetivas fontes.<sup>173</sup>

O *elemento histórico*, referido no art.º 9.º do CC, através da menção às circunstâncias da elaboração da lei, pode subdividir-se em *precedentes normativos* (que consideram as regras normativas vigentes anteriormente no ordenamento jurídico em causa – *precedente normativo histórico* –, como também as regras estrangeiras – *precedente normativo comparativo*); em *trabalhos preparatórios* e também no contexto social existente à data da elaboração da lei: *occasio legis*. Facilmente se constata que o *elemento histórico*, nesta última modalidade de compreensão, tem um grande peso para a tarefa interpretativa quanto à natureza da PMA, a partir de 2016.<sup>174</sup> Por sua vez, o *elemento teleológico* é “a justificação social da lei”<sup>175</sup> já que atende ao fim ou objetivo que a norma visa realizar. Só com a concatenação destes elementos, é que o intérprete-aplicador alcança a *ratio legis* da lei em estudo e, por fim, a interpreta.

Qual é, então, a *ratio legis* da LPMA: a subsidiariedade, complementaridade ou a alternatividade dos métodos de PMA? A subsidiariedade das técnicas de PMA afere-se, em primeira linha, em relação ao método procriativo natural, no qual não há qualquer dissociação entre o ato sexual entre pessoas de sexo diferente e a conceção *in corpore*. Ora, quando se diz que algo deve ser

---

<sup>170</sup> José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito – introdução e teoria geral*, Coimbra, Almedina, 13ª edição refundida, março 2005, p. 397.

<sup>171</sup> Seguimos de perto, José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito – introdução e teoria geral*, ob.cit., ..., pp.410 e ss.

<sup>172</sup> José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito – introdução e teoria geral*, ob.cit., ..., p. 410.

<sup>173</sup> A sua utilização tem particular interesse na integração de lacunas.

<sup>174</sup> Remetemos para o que já foi dito a propósito da conceção jurídica de família, da autonomia privada no seio familiar bem como as recentes evoluções verificadas neste ramo do Direito.

<sup>175</sup> José de Oliveira ASCENSÃO, *O Direito – introdução e teoria geral*, ob.cit., ..., p. 414.

subsidiário, tem-se subjacente um fundamento forte para que a solução subsidiária seja utilizada. Esse fundamento consistia, à data da primeira versão da LPMA, num “diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” – art.º 4.º – motivos que obstam à procriação natural. (*Elemento histórico, na vertente dos precedentes normativos históricos*). A versão atual da lei ao alargar o recurso às técnicas de PMA, no atual art.º 4.º, n.º 3 da LPMA, “a todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”, invoca o princípio da igualdade e a autonomia da mulher em exercer o seu direito à maternidade, constituindo o seu próprio modelo familiar (*occasio legis*). A lei perde, a nosso ver, a sua base de sustentação. Atente-se que a PMA é um tratamento médico e, como tal, pressupõe uma patologia. Se uma mulher não padece de qualquer tipo de doença ao nível do seu sistema reprodutor nem corre o risco de passar para o seu filho qualquer doença grave, qual é a razão pela qual as técnicas de PMA se devem alargar a todas mulheres? A verdade é que a LPMA parece trabalhar com critérios médicos e sociais; senão mesmo, com uma prevalência destes últimos. Parece-nos que houve uma deslocação do epicentro do fenómeno procriativo, centrando-se, atualmente, na mulher. Concluimos, portanto, que da conjugação destes elementos interpretativos, a LPMA não consagra as técnicas de PMA como um método subsidiário de procriação, mas sim alternativo. “A família tornou-se uma prótese individualista, uma instituição onde os direitos e desejos subjetivos levam a melhor sobre as obrigações categóricas”.<sup>176</sup> Assistimos, portanto, a uma passagem, no mínimo nebulosa, do bem (bem da criança e do seu superior interesse) ao bem-estar (da mulher).

---

<sup>176</sup> Gilles LIPOVETSKY, *Le Crépuscule du Devoir*, tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar, 3ª edição, Dom Quixote, outubro 2004, p. 184.

## Conclusão

Um jurista não pode falar ou ouvir falar de direitos, invocados com grande clamor pela hodierna sociedade democrática, sem deixar questionar a natureza dos mesmos e indagar a sua correlação com outros tantos direitos e deveres. Por isso, a enorme simpatia com que nos aliamos às mutações sociais e culturais tendentes à promoção da dignidade da mulher e dos seus direitos, não nos impediu de questionar até que ponto, por exemplo, os novos critérios para o recurso às técnicas de PMA não significaram um alargamento subjetivo, com grandes repercussões, no chamado “direito a ser mãe”, a qualquer preço e em qualquer circunstância. Esta provocação, que nos emergiu da LPMA<sup>177</sup>, precisava então de ser confrontada com a nossa base concetual de Pessoa e de Família, que é tributária da corrente do Personalismo Ético.

O estudo da Teoria Geral do Direito Civil e de importantes mestres desta área do conhecimento jurídico – não referimos todos os que justamente mereciam igual referência neste trabalho – permitiu-nos refletir sobre a séria questão que se coloca, *ad aeternum*, ao jurista: *quid ius?* O que é o Direito e o que é um direito? Quais os traços que o caracterizam e, acima de tudo, o diferenciam de outras realidades?

Pelo excursus feito ao longo deste trabalho, entendemos que o “direito a ser mãe” é, na verdade, uma faculdade jurídica, entendida como potencialidade a ser espolhada pelo titular não de um direito nominado e pertencente a um *numerus clausus*, mas de um *direito geral de personalidade*. Este tipo de raciocínio pode suscitar algumas resistências, principalmente quando entendemos que a utilização do vocábulo *direito* neste enquadramento jurídico constitui uma visão dissimétrica dos contornos de um *direito*, sobretudo, de um *direito subjetivo*.

Tal alargamento subjetivo permitiu-nos equacionar também se, na senda das intenções do legislador em alargar este direito a ser mãe a todas as mulheres, não estaremos perante um fenómeno de refundação deste mesmo “direito” que, embora pretensamente tutele a autonomia, na verdade, tutela antes a presumível autossuficiência reprodutiva da mulher, aproximando-o do perímetro do direito potestativo.

Quanto à LPMA, o estudo da mesma possibilitou-nos ainda o descobrimento de sérias diferenças de regime, por comparação, por exemplo, com a adoção, pois estão em causa os mesmos bens jurídicos e que, a nosso ver, merecem ser alvo de reforma legislativa, em prol da harmonia do sistema jurídico.

---

<sup>177</sup> Das quais destacamos o desejo de uma mulher desejar iniciar o seu processo de maternidade ausente de um contexto relacional assim como de uma mulher casada, prosseguir esse seu desejo, mesmo que o seu cônjuge se oponha.

Com igual atenção, descortinámos o fim da vigência material do princípio da subsidiariedade das técnicas de PMA, ainda que se mantenha a sua consagração formal. A partir do momento em que uma mulher reúne as condições, físicas e biológicas de procriar naturalmente, e a lei lhe permite recorrer a técnicas artificiais que conduzem a uma gravidez, a PMA emerge como mais um método reprodutivo, apresentando-se como uma verdadeira alternativa.

Naturalmente, que a nossa posição parte do corolário de que a PMA só pode ser utilizada, após a comprovação, pela ciência médica, de que a mulher ou um dos elementos do casal, padece de um problema impeditivo, parcial ou total, de procriar de forma natural.

Tecemos também considerações, ainda que breves, sobre a possibilidade de casais de mulheres recorrerem a estas técnicas. Sem levantarmos qualquer tipo de dúvida quanto à capacidade de educar e cuidar da criança, ou seja, de exercer os poderes-deveres que tradicionalmente incidem sobre a mesma, entendemos, à luz da subsidiariedade que pensamos dever reger esta matéria, que não nos parece adequado incluir estes casais como potenciais beneficiários da PMA.

Concluindo, em breves palavras: quanto a nós, o invocado direito a ser mãe, entendido como expressão da autonomia e realização pessoal da mulher, é na verdade uma faculdade jurídica, que emana do seu direito geral de personalidade. Pelo que, as recentes alterações legislativas de 2016 na LPMA, ao alargarem este direito, inicialmente de natureza subsidiária, também às restantes mulheres, aproxima-o, a nosso ver, de um direito potestativo, alicerçado sobretudo na dimensão volitiva da maternidade. Dentro de uma visão personalista, questionámos os contornos e limites deste direito, quando afinal, numa perspetiva relacional da Pessoa, ele toca o direito do *outro* e de outros, como sejam, por exemplo, o do nascituro e o do pai.

Daremos por bem-sucedido este estudo, com os seus múltiplos questionamentos, se ele contribuir para desassossegar as nossas certezas, na linha da exclamação de KAUFMANN: “Mas se ao menos se soubesse o que seja «o Direito enquanto tal!».”<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, tradução do original alemão *Rechtsphilosophie*, 5.ª edição, Munique, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.202.

## Bibliografia

ALEXANDRINO, José de Melo, *Os direitos das crianças – linhas para uma construção unitária*, disponível in - <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/> - consultado a 27/07/2018.

ALLERS, Rudolph, *Freud Estudo Crítico da Psicanálise*, tradução de Eduardo Pinheiro, 2ª edição, [S.I.], Livraria Tavares Martins, 1949.

ASCENSÃO, José Oliveira, *Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro*, in <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf> (consultado a 15/08/2018).

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Lei nº 32/06, sobre procriação medicamente assistida”, in *Estudos de Direito da Bioética*, volume III, Coimbra, Almedina, outubro 2009, pp. 25 – 50.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – introdução e teoria geral*, 13ª edição refundida, Coimbra, Almedina, março 2005.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Principia, março 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de e CAMPOS, Mónica Martínez de, “A comunidade familiar”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, fevereiro 2016, pp. 10 – 29.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Nós - Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, março 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro 2007.

CARVALHO, Orlando de, *Direito das coisas*, Coimbra, Coimbra Editora, novembro 2012.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, novembro 2012.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Volume I, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, abril 2016, in [http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook\\_-\\_Curso\\_de\\_Direito.pdf](http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf) (consultado a 12/01/2018).

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume II, tomo I direito da filiação, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, parte geral tomo I, 3ª edição Lisboa, Almedina, março 2005.



CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, parte geral, tomo III – pessoas, Lisboa, Almedina, janeiro 2004.

CORDEIRO, António Menezes, *Os direitos de personalidade na civilística portuguesa*, disponível in <https://portal.oa.pt/upl/%7Be1ee299b-5174-4e50-9b0b-c8d97c0c6d3b%7D.pdf> (consultado a 12/08/2018).

CRORIE, Benedita Mac, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida: Comentário ao Acórdão nº 101/2009 do Tribunal Constitucional”, in *A dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*, organizadores Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas, Almedina, abril 2018, pp. 235 – 258.

GUIMARÃES, Maria Raquel, “A tutela da pessoa e da sua personalidade como fundamento e objecto da disciplina civilística – Questões actuais”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, volume II, Porto, Almedina, novembro 2017, pp. 291 – 311.

KAUFMANN Arthur, *Filosofia do Direito*, tradução do original alemão Rechtsphilosophie, 5.<sup>a</sup> edição, Munique, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, volume I, Introdução da constituição das obrigações, 11.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, fevereiro 2014.

LIPOVETSKY, Gilles, *Le Crépuscule du Devoir*, tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar, 3.<sup>a</sup> edição, [S.I.], Dom Quixote, outubro 2004

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 15.<sup>a</sup> reimpressão, Porto, Almedina, 2006.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional tomo IV – Direitos fundamentais*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

MARQUES, João Paulo Remédio, *Alguns aspetos processuais da tutela da personalidade humana no novo código de processo civil de 2013*, disponível in [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma\\_do\\_processo\\_civil.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Reforma_do_processo_civil.pdf) (consultado a 13/08/2018).

MONCADA, L. Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado*, 1.<sup>a</sup> edição reimpressão, volume 2.<sup>o</sup>, Coimbra, Coimbra Editora, julho 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana: volume II dignidade e inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2016.

PEDRO, Rute Teixeira, “Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamentem assistida”, in *Debatendo procriação*

*medicamente assistida - Actas do seminário internacional*, investigadores responsáveis Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, FDUP/CIE, 2018, pp. 149 – 167.

PEDRO, Rute Teixeira, *Convenções Matrimoniais, a autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Porto, Almedina, fevereiro 2018.

PEDRO, Rute Teixeira, “A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – A emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família”, in *Pessoa, direito e direitos*, Braga, Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 335 – 365.

PEDRO, Rute Teixeira, “Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: A emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa – Reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário do Código Civil”, in *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, volume II, Porto, Almedina, novembro 2017, pp. 681 – 712.

PINHEIRO, Jorge Duarte – “Perspetivas de evolução do Direito da Família em Portugal” in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*; Coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 347 – 366.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4ª edição reimpressão, Lisboa, AAFDL Editora, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “Mãe portadora - a problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de Direito da Bioética*, volume II, Coimbra, Almedina, , janeiro 2008, pp.323 - 344.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da família e das sucessões*, volume I, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2005.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Filhos de pai anónimo no século XXI!”, in *Debatendo procriação medicamente assistida - Actas do seminário internacional*, investigadores responsáveis Luísa Neto e Rute Teixeira Pedro, Porto, FDUP/CIE pp. 41 – 54.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, maio 2005.

PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, abril 2018, pp.7 – 122.

PINTO, Paulo Mota, “Direitos de personalidade no código civil português e no novo código civil brasileiro”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, abril 2018, pp. 321 – 367.

PINTO, Paulo Mota, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais. Estudos*, Coimbra, Gestlegal, abril 2018, pp. 475 – 592.

RAPOSO, Vera Lúcia, *O Direito à Imortalidade - o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos reprodutivos”, in *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 2 – nº3 – 2005, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, pp. 111 – 131.

SILVA, Miguel Oliveira da, *Eutanásia, Suicídio ajudado, barrigas de aluguer*, Lisboa, Editorial Caminho, 2017.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, junho 2014.

SOUSA, Marcelo Rebelo de e ALEXANDRINO, José de Melo – *Constituição da República Portuguesa comentada*; Lisboa, LEX, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira de, “Do direito da família aos direitos familiares”, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 553 – 572.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, agosto 2003.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, 10ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, março 2013.

VARELA, João de Matos Antunes, *Direito da família*, 1.º volume 5ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, Lda., fevereiro 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.

XAVIER, Rita Lobo, “O impacto da retórica da igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual nas leis relativas à família” in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Coordenação Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Porto, Almedina, maio 2016, pp. 841 – 860.

## Sítios na internet

- Artigo científico sobre a PMA em França:  
<https://journals.openedition.org/droitcultures/861>, consultado a 20/12/2017.
- Comunicação de Salvador Massano Cardoso na qualidade de Vice-Presidente do CNPMA:  
<http://www.cnpma.org.pt/Docs/ComunicacaoMC%20PMA.pdf>, consultado a 13/02/2018.
- Dados estatísticos sobre famílias monoparentais:  
<https://www.pordata.pt/Portugal/Agregados+dom%c3%a9sticos+privados+monoparentais+total+e+por+sexo+-20>, consultado a 07/08/2018.
- Glossário da OMS:  
[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_por.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_por.pdf)  
(consultado a 28/08/2018).
- Notícia sobre a discussão da maternidade de substituição em Portugal:  
<https://www.publico.pt/2016/03/28/sociedade/noticia/maternidade-de-substituicao-causa-preocupacao-ao-cnecv-1727387>, consultado a 08/08/2018.
- Notícia sobre a discussão da maternidade de substituição em Portugal:  
<https://www.dn.pt/portugal/interior/peticao-quer-referendo-a-gestacao-de-substituicao-5222750.html>, consultado a 09/08/2018.
- Notícia sobre a PMA em França: [http://www.liberation.fr/france/2018/07/18/le-gouvernement-reprend-la-main-sur-la-pma-pour-toutes\\_1667394](http://www.liberation.fr/france/2018/07/18/le-gouvernement-reprend-la-main-sur-la-pma-pour-toutes_1667394), consultado a 07/08/2018.
- Parecer n.º 63/CNECV/2012. Disponível no sítio eletrónico do CNECV:  
<http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>, consultado a 05/07/2018.